

THÈSE DE

PARIS.

1888

N^o. 124.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU PRÉCAIRE

EN DROIT ROMAIN

DE LA PRÉCARITÉ

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

HENRI SONNET

AVOCAT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13.

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU PRÉCAIRE

EN DROIT ROMAIN

DE LA PRÉCARITÉ

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 17 Janvier 1888, à 1 heure et 1/2

PAR

HENRI SONNET

AVOCAT



Président : M. GLASSON

Suffragants { MM. LABBÉ
BOISTEL
MASSIGLI }

Professeurs.

Agrégé.

PARIS

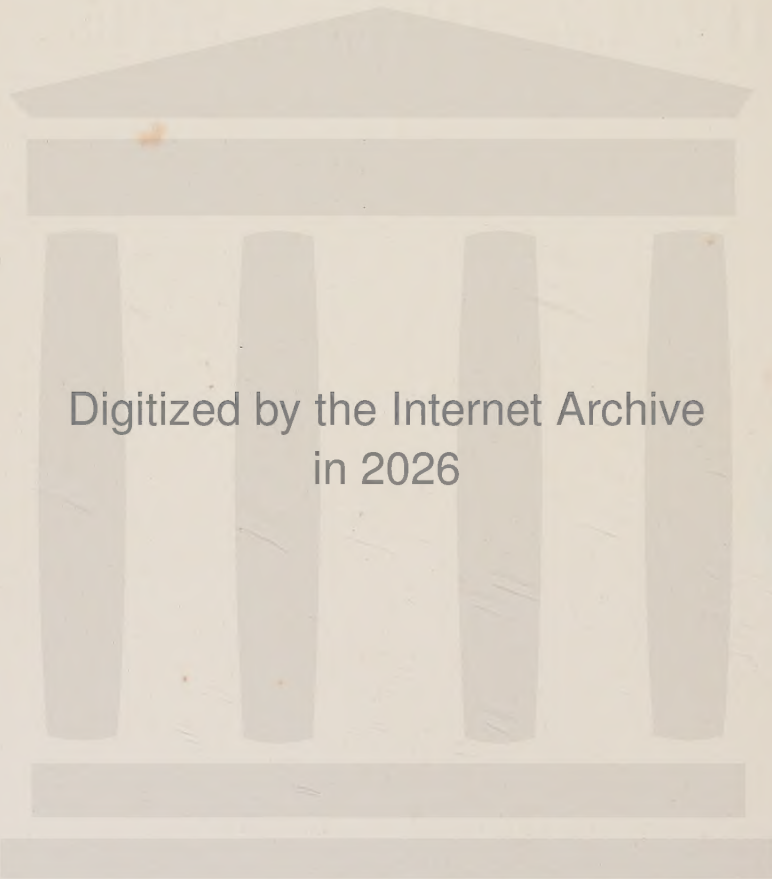
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13.

1888



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547909_0017

A MA GRAND'MÈRE

A MON PÈRE — A MA MÈRE.

Imp. G. Saint-Aubin, Saint-Dizier, Hte-Marne. 30, passage Verdeau, Paris

DROIT ROMAIN

DU PRÉCAIRE

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES.

Le jurisconsulte Paul définit ainsi le précaire : *precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur*. Le précaire est ce qui est concédé à la prière d'un homme pour qu'il en ait l'usage aussi longtemps qu'il plaira au concédant. Il convient de prendre ici le mot *utendum* dans son acception la plus large. Le concessionnaire n'acquiert pas seulement le droit de se servir de la chose, de l'employer à tous les usages dont elle est susceptible : il acquiert aussi le droit de s'en approprier les fruits. En un mot, la concession embrasse la pleine jouissance de la chose : outre le *jus utendi*, elle comporte le *jus fruendi*.

Le précaire renferme deux caractères essentiels,

la gratuité et la révocabilité purement arbitraire. L'un apparaît dans le premier fragment du titre *de precario* où le jurisconsulte qualifie le *precarium* de *genus liberalitatis simile commodato*. L'autre se trouve dans les termes mêmes de la définition du précaire *tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur*. Rien ne peut tenir en échec ce pouvoir de révocation qui appartient au concédant. Une clause expresse serait elle-même de nul effet : *nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat*. (L. 12, pr., *de precario*). Le possesseur précaire reste tenu d'obtempérer sans délai à la demande en restitution du maître, même dans le cas où il aurait été convenu que sa possession ne prendrait pas fin avant telle époque. Il est conforme à l'équité, dit Ulpien, que vous ne profitiez de ma libéralité qu'aussi longtemps que je le voudrai, et que cette libéralité cesse dès que j'aurai manifesté un changement de volonté. (L. 2, § 2, *de precario*). Quels que soient les termes de l'acte de concession, le bienfaiteur conserve la pleine liberté de faire varier à sa guise la durée de son bienfait.

Il y a deux éléments constitutifs du *precarium*, l'un intentionnel, l'autre matériel.

Il faut tout d'abord une convention qui intervient généralement sur la prière du concessionnaire. Celui-ci, selon les indications d'Ulpien, entre en possession *ex hac solummodo causa quod preces adhibuit* (L. 2,

§ 3, de *precario*). De là vient le nom du *precarium*. C'est aussi ce qui explique que le concessionnaire s'appelle *rogans* et le concédant *rogatus*. Peut-être la forme précativie était-elle de rigueur à l'origine. Cela est même probable. Mais la nécessité de termes sacramentels avait disparu au temps de la jurisprudence classique. Le doute sur ce point ne nous paraît pas possible en présence des observations suivantes de Paul : *precario possidere videtur, non tantum qui per epistolam vel quacumque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino, possidet* (Sent., lib. V, tit. 6, § 11). Il est clair que si le *precarium* pouvait ainsi se former par la simple tolérance du maître, on ne s'était pas arrêté à la nécessité d'une demande solennelle. Il y a donc lieu de croire qu'en subordonnant la qualité de précariste à la condition d'une prière, Ulpien n'a pas eu d'autre intention que de montrer comment les choses se passaient ordinairement. Nous ne suivrons pas l'avis de certains auteurs qui pensent que le passage de Paul n'a trait qu'à un renouvellement de précaire et non à une concession primitive. Nous ne voyons rien qui nous autorise à limiter à un cas spécial l'application d'un texte aussi général. D'ailleurs, en matière de servitudes, les cas de précarité tacite n'étaient pas rares, ainsi que nous aurons l'occasion de le démontrer.

Au surplus, la demande et la concession pouvaient

se manifester de n'importe quelle manière, entre présents, entre absents, par lettre ou par messenger. (L. 9, *de precario*).

Le second élément du précaire consiste dans la remise de la chose entre les mains du rogans. L'interdit de *precario* est restitutoire : *hoc interdictum restitutorium est* (L. 2, § 1, *de precario*). On ne saurait donc en être passible si on n'a rien reçu. Toutefois, les sources nous apprennent que le précaire se formerait par le seul effet de la convention si le rogans était déjà muni de la chose à un autre titre. Il en serait ainsi dans le cas où la *rogatio* émanerait d'un locataire dont le bail expire ou d'un possesseur *pro suo* qui serait actionné en revendication. La simple détention du premier et la possession *pro suo* du second se transformeraient immédiatement en possessions précaires. Ce résultat ne contrarie pas la règle : *nemo potest mutare sibi causam possessionis* ; car, la transformation n'est pas due à la seule volonté du détenteur, mais bien à l'intervention d'une volonté étrangère, celle du *rogatus* (L. 22, *de precario*).

Conformément aux explications qui précèdent, Bulling (*das precarium*, § 2) ramène les conditions de formation du précaire à celles-ci :

1° Il faut qu'une personne se soit établie dans une situation de puissance effective sur une chose ;

2° Que l'*animus precario habendi* préside à ses actes de jouissance ;

3^o Que le propriétaire de la chose ou du moins celui qui peut la concéder à titre précaire, sache que la chose est entre les mains du rogans et qu'il ne s'oppose pas à ce qu'elle y demeure jusqu'à l'époque où il lui plaira de la redemander.

Le précaire est un genre de libéralité qui descend du droit des gens (L. 1, § 1 *de precario*). Cela signifie qu'il est accessible non seulement aux citoyens romains, mais encore aux pérégrins.

Toute personne qui a la capacité de disposer à titre gratuit est capable de jouer le rôle *de rogatus*. Il n'est pas besoin qu'elle soit propriétaire ou même possesseur de l'objet concédé. Dans l'interdit *de precario*, le défendeur n'est pas recevable à se prévaloir, pour échapper à son devoir de restitution, de l'impossibilité dans laquelle peut se trouver le demandeur de prouver son droit de propriété ou son droit de possession. Suivant la formule de l'interdit, je triompherai contre vous par cela seul que vous tenez de moi la chose litigieuse en vertu d'une *rogatio* : *Quod precario ab illo habes... id illi restituas*. Le fondement de cette voie de recours, ce n'est pas la violation d'un droit de propriété; ce n'est même pas, à notre avis du moins, la violation d'un droit de possession; c'est la violation d'un droit à la restitution qui est né du simple fait d'avoir livré la chose *precario*. Nous rencontrons une application de ces principes dans la loi 8, pr. *hoc titulo. Quæsitum est, si Titius*

*me rogaverit, ut re Sempronii utatur, deinde ego Sempronium rogavero, ut concederet, et ille, dum mihi vult præstitum, concesserit; Titius a me habet precario et ego cum eo agam interdicto de precario; Sempronius autem non aget cum eo, quia hæc verba: ab illo precario habes, ostendunt, ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cujus res est. An tamen Sempronius mecum quasi a me rogatus interdictum habeat? Et magis est, ne habeat; quia non habeo precario, cum non mihi, sed alii impétravi; mandati tamen actionem potest adversus me habere; quia me mandante dedit tibi: aut si quis dixerit, non mandatu meo, sed magis mihi credentem hoc fecisse, dicendum est, in factum dandam actionem et adversus me. » Dans l'espèce, c'est moi, et moi seul qui aurai l'interdit *de precario*. Titius, le défendeur, ne pourra m'opposer une exception basée sur ce fait que je ne suis ni propriétaire ni possesseur. De son côté, Sempronius en sera réduit à me poursuivre par l'action *mandati* ou par une action *in factum* si on conteste l'existence d'un véritable mandat. Cette solution d'Ulpien prouve que la nature du droit que j'avais sur la chose avant la concession demeure indifférente. Encore une fois, il suffit que je vous aie fait tradition à titre précaire pour que les effets du *precarium* se produisent. D'ailleurs, c'est là un point sur lequel nous nous arrêtons plus longtemps à un autre endroit de notre thèse,*

Maintenant que nous savons que tout détenteur d'un bien peut le concéder en précaire, nous devons nous demander quelles sont les personnes qui sont aptes à bénéficier de cette concession.

Tout le monde peut être *precario rogans*, à l'exception du propriétaire. Quand la *rogatio* porte sur un bien dont le droit de propriété appartient au *rogans*, il ne se forme pas de *precarium*: *rei suæ precarium non est* (L. 4, § 3, *de precario*). Les juriconsultes romains n'admettent pas qu'une personne détienne sa propre chose en qualité de créancier gagiste, de dépositaire, de précariste, d'acheteur ou de locataire. *Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suæ consistere potest* (L. 45, *Dig. lib. L. tit. 17*). « Cette règle suppose, dit M. Labbé, qu'un propriétaire ignorant sa qualité et son droit, a reçu par erreur sa propre chose en dépôt, en louage, en gage ou en précaire. Immédiatement et avant d'avoir découvert son erreur il cesse de posséder pour autrui. Il cesse d'être l'agent d'une possession dont on argumenterait contre lui-même, contre le droit dont il est investi. Il cesse de procurer à autrui l'avantage d'une possession et par suite le principal élément d'une usucapion qui consommerait la ruine de son propre droit. Sa possession est, même à son insu, transformée de possession pour autrui en possession pour soi-même. Le contrat est destitué d'effets obligatoires..... Tout

cela est bien entendu subordonné à la preuve du droit de propriété. Cette preuve faite plus ou moins tardivement rétroagit sur le passé ». Labbé sur Machelard. *Dissertations en droit romain et en droit français*.

Notons que la règle : *rei suæ precarium non est*, n'est pas absolue. Elle reçoit, comme nous le verrons, une exception importante, d'un usage très-fréquent, en matière de gage.

La *rogatio precaria* peut être faite par l'entremise d'un *procurator* ou d'une personne *alieni juris*. Dans ce dernier cas, le *paterfamilias* bénéficie de la libéralité, pourvu qu'il ait donné mandat ou qu'il ratifie l'acte après coup. Si l'opération avait lieu à son insu, il ne deviendrait pas possesseur précaire, faute de l'*animus rem precario habendi*. Alors le *rogatus* disposerait, au lieu de l'interdit *de precario*, de l'action *de peculio* ou de l'action *de in rem verso* (L. 6 ; l. 13, *de precario*).

Rien n'empêche non plus que le concédant ne se fasse représenter par un *procurator* ou par une personne soumise à sa puissance. (L. 19, *de precario*).

Le pupille peut faire une *rogatio* sans l'*auctoritas* de son tuteur, bien qu'en règle générale il ait besoin de cette *auctoritas* pour s'obliger. C'est que la concession en précaire forme un acte de libéralité qui, en l'absence de dol, n'entraîne pour le bénéficiaire aucune responsabilité. (L. 22, § 1, *de precario*).

Presque tous les auteurs enseignent qu'à l'origine le précaire eut seulement des immeubles pour objet. — Nous verrons plus tard sur quelles probabilités cette opinion repose. — Mais notre institution se généralisa ; elle s'étendit aux meubles (L. 4, pr., *de precario*) ; elle s'étendit même à certains droits incorporels : *habere precario videtur qui possessionem corporisvel juris adeptus est ex hac solummodo, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere vel uti liceat.* (L. 2, § 3, *de precario*).

Voyons d'abord les servitudes personnelles.

Quant au droit d'usufruit, le titulaire peut à coup sûr en transporter, au moyen d'un précaire, la jouissance à une tierce personne. La validité d'une telle opération nous est attestée par Ulpien : *usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest : nam et qui locat, utitur : et qui vendit (utitur) : sed et si alii precario concedat, vel donet, puto eum uti : atque ideo retinere usumfructum : et hoc Cassus et Pegasus responderunt, et Pomponius, lib. 5, ex Sabino probat.* (L. 12, § 2, *Dig. lib. VII, tit. 1*). Les mots *puto eum uti* trahissent une certaine hésitation qui vient sans doute de ce que l'auteur s'est demandé si la concession précaire ne viole pas le principe de l'incessibilité des servitudes. Mais il a dû remarquer que la concession ne tend pas à déplacer le droit réel lui-même, qu'elle tend seulement à en déplacer la jouissance. Or, le principe

dont il s'agit, en exigeant que l'usufruit reste attaché à la personne du titulaire pour s'éteindre par sa renonciation, par son décès ou par sa *capitis deminutio*, ne défend pas que l'exercice du droit soit détaché au profit d'un tiers. Aussi Cassus, Pegasus et Pomponius avaient-ils déjà déclaré que c'est de la part de l'usufruitier une façon licite d'user de son droit que d'en transmettre les avantages à autrui, à titre précaire.

Il en est autrement pour l'usage. Ce droit dont l'étendue est mesurée sur les besoins personnels du titulaire, ne se prête à aucune cession à titre gratuit ou à titre onéreux. En parlant de l'usager, Gaius dit : *nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest.* (L. 11, *Dig.*, lib. VII, tit. 8). C'est tout au plus si on permet à l'usager d'une maison de donner à bail les logements qui restent inoccupés après son installation (L. 4, *pr.*, *Dig.*, lib. VII, tit. 8). Dans ces conditions, il n'est pas possible qu'un précaire ait pour objet un droit d'usage.

En ce qui concerne l'*habitatio*, nous nous trouvons en présence de la même décision. Sous Justinien, le titulaire a bien la faculté de louer l'exercice de son droit, faculté qui auparavant lui était contestée, mais on lui interdit toujours d'en disposer gratuitement, ce qui entraîne l'impossibilité de tout précaire (Inst. lib. II, tit. 5, § 5).

Il nous reste à dire quelques mots des servitudes prédiales. Le précaire ne leur est pas étranger. Nous avons à ce sujet le témoignage d'Ulpien : *Veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire, vel agere tibi liceat : vel ut in tectum vel in aream ædium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas.* (L. 3, de precario). Du reste, la fréquence de ce mode d'emploi du *precarium* nous est révélée par les formules des interdits *quasi-possessoires* dans lesquelles le préteur ordonne au juge de vérifier si la possession de la servitude litigieuse ne s'est pas exercée à titre précaire. (Voir tit. 19 et suiv. du livre XLIII, *Dig.*). Ainsi, lorsque, sur votre *rogatio*, je tolère que vous passiez sur mon terrain ou que vous y fassiez tomber l'eau qui dégoutte du toit de votre maison, je grève mon bien d'une charge qui équivaut en fait à une servitude qui serait établie sous la réserve *quamdiu volam*. D'ailleurs il n'est point nécessaire que la *rogatio* émane du propriétaire lui-même du fonds dominant pour que le précaire soit valable. *Si tibi fundum precario concessero, cui via debebatur ; deinde tu a domino fundi precario rogaveris, ut ea via ad eum fundum utaris : an noceat tibi exceptio, si adversus eum velis interdicere : a quo precario viam rogasti ? Et magis est ut noceat.* (L. 1, § 11, *Dig.*, lib. XLIII, tit. 19). Le jurisconsulte suppose que je vous ai livré *precario* un fonds pour lequel j'ai une servitude de passage sur le fonds

voisin. Dans l'ignorance de mon droit, vous sollicitez du maître du fonds servant la permission d'exercer ce passage précairement. Le *rogatus* pourra-t-il vous opposer l'exception de précarité dans l'interdit de *itinere actuque privato*? Ulpien répond affirmativement.

Le précaire présente une certaine analogie avec la donation puisque ces deux actes renferment une libéralité (1). Cependant la confusion n'est pas possible ; car, la donation déplace la propriété tandis que le précaire ne déplace que la possession et quelquefois même la simple détention. *Precarium distat a donatione, eo quod qui donat, sic dat, ne recipiat: at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere.* (L. 1, § 2, de *precario*). La donation est donc un acte beaucoup plus grave que le précaire. C'est pourquoi la première a été prohibée dans une hypothèse où le second semble avoir été permis. Quand l'usage de la *manus* fut tombé en désuétude, on craignit que des donations entre époux ne fussent le résultat d'un amour aveugle, d'un entraînement de

(1) Toutefois il ne faut point exagérer l'analogie entre les deux actes. Bien que le précaire soit un acte gratuit comme la donation, ce n'est pas toujours une intention de libéralité qui fait agir le *rogatus*. Le patricien qui abandonne la jouissance de certaines parcelles de ses *latifundia* a un intérêt manifeste à ne pas laisser ses terres incultes et à grossir le nombre de ses clients qui combattent autour de lui et qui votent sous sa direction.

nature à produire des regrets. Pour conserver aux relations conjugales toute leur dignité, la coutume prohiba de pareilles donations. Mais la prohibition fut interprétée avec une large tolérance ; on la restreignit aux libéralités qui atteignaient le capital du patrimoine du donateur ; une donation de fruits ou d'un droit d'usage n'était pas frappée de nullité (L. 17 et 18, *Dig.*, lib. XXIV, tit. 1). En conséquence, le précaire dut rester possible entre conjoints. On a objecté, il est vrai, qu'aux termes de la loi 46, *inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*. Mais nous répondrons avec M. Machelard que ce texte signifie seulement que la femme donataire ne peut invoquer la possession du mari à l'effet de profiter de l'*accessio possessionis*. (Machelard, *Textes de droit romain*, p. 17, note 1).

L'acte juridique qui offre les plus nombreux points de ressemblance avec le précaire est sans contredit le commodat. Ces deux actes se forment de la même manière, par un simple pacte suivi d'une *nuda traditio*, le concédant se réservant la plénitude de son droit de propriété. Ulpien a mis en lumière cette similitude : *Et (precarium) est simile commodato : nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis ; sed ut ei uti re commodata permittat.* (L. 1, § 3, *de precario*).— D'un autre côté, le précaire et le commodat sont tous les deux gratuits par essence : le *rogatus*, nous le savons, n'a droit qu'à

la restitution de sa chose ; et si, dans une convention qualifiée de commodat, l'usage était consenti à prix d'argent ou moyennant une autre prestation, il se formerait un louage ou un contrat innommé.

Malgré ces analogies, le commodat et le précaire se présentent dans la législation romaine avec des physionomies bien distinctes. Il existe dans leur nature et dans leurs effets de nombreuses différences que nous devons signaler en quelques mots.

Le commodat a toujours été un contrat tandis que le précaire est resté un simple pacte jusqu'au jour du triomphe de la théorie des contrats innommés.

A plusieurs points de vue, la situation du commodataire est préférable à celle du précariste. Le commodataire n'est soumis à restitution qu'après avoir retiré de la chose toute l'utilité qui lui a été promise. On ne veut pas qu'un contrat qui doit être pour lui la source d'un avantage puisse devenir la cause d'une déception, *adjuvari, quippe nos, non decipi beneficio oportet*. (L. 17, § 3, *commodati vel contra*). Tout autre est la condition du précariste qui se trouve chaque jour sous la menace d'une révocation purement arbitraire, quels que soient les termes de son acte de concession. En outre, le commodataire dispose de l'action *commodati contraria* pour obtenir le remboursement de ses dépenses extraordinaires tandis que le précariste semble dépourvu de tout recours.

Sous d'autres aspects, la situation du précariste

est la meilleure. D'abord, dans le commodat, le *tradens* se réserve non seulement la propriété de la chose, mais encore la possession, de sorte que le commodataire n'est qu'un simple détenteur incapable de se défendre, de son propre chef, contre les entreprises des tiers. Au contraire, le précariste acquiert, à moins d'une clause expresse, une possession juridique qui lui donne droit aux interdits *retinendæ vel recuperendæ possessionis*. En second lieu, le commodataire ne peut retirer de la chose que l'usage convenu sous peine d'être traité comme un voleur (L. 5, § 8, *Dig.*, lib. XIII, tit. 6); le précariste s'en sert à sa guise, et bénéficie même des fruits. Enfin, l'un doit apporter à la conservation de l'objet concédé les soins d'un administrateur très diligent; l'autre n'est responsable que de son dol ou des fautes lourdes qu'on assimile généralement au dol.

Ajoutons que le précaire a une sphère d'application plus large que le commodat puisqu'en dehors des choses corporelles il a trait à certains démembrements du droit de propriété.

Nous remarquerons, en dernier lieu, qu'aux premiers temps de la législation romaine le commodat des meubles était seul admis alors que le précaire des immeubles semble avoir été seul possible.

CHAPITRE II

NATURE DU PRÉCAIRE.

Le précaire n'est pas une convention réglée ; ce n'est pas un *negotium contractum* ; c'est un acte de libéralité qui n'engendre pas une véritable créance au profit du concédant. La promesse faite par le précariste de restituer la chose *ad nutum rogati* n'est sanctionnée par la loi civile qu'autant qu'elle a été déduite dans une stipulation (L. 15, § 3. *de precario*). En dehors de cette hypothèse, le concédant ne dispose d'aucune action. Est-ce à dire que le rogans pourra violer impunément ses engagements ? Non ; car si le *precarium* est impuissant à créer une obligation civile, il crée du moins une obligation que l'équité commande de respecter, et il n'en faut pas davantage pour que l'autorité du prêteur s'interpose. Ce magistrat intimera au concessionnaire récalcitrant l'ordre d'opérer la restitution qui a été convenue. Il délivrera contre lui l'interdit *de precario*.

Telles sont les solutions que nous relevons dans un texte de Paul : *interdictum de precariis merito*

introducitur est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset: magis enim ad donationes, et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio (L. 14, de precario).

Mais Paul s'est mis en contradiction avec lui-même. Dans ses Sentences, il exprime que le *rogatus* a le choix entre l'interdit de *precario* et une *actio civilis*. *Redditur interdicti actio quæ proponitur ex eo ut quis, quod precario habet, restituat. Nam et civilis actio hujus rei, sicut commodati, competit: eo vel maxime quod ex beneficio suo unus quisque injuriam pati non debet.* (Lib. V, tit. 6, n° 10).

Une pareille antinomie se rencontre dans les ouvrages d'Ulpien. Après avoir professé dans ses Commentaires sur Sabinus que le rogans n'est passible d'aucune action civile, *non est contra eum civilis actio*, le juriconsulte formule dans son traité sur l'Édit une appréciation diamétralement opposée dont voici les termes : *Cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus: sed etiam præscriptis verbis actione, quæ ex bona fide oritur* (L. 2, § 2, de precario. L. 23, Dig., lib. L, tit. 17. L. 14, § 11, Dig., lib. XLVII, tit. 2).

Si tranchée que soit l'opposition entre les deux systèmes, elle n'est pas faite pour nous surprendre outre mesure, car elle a sa cause dans les modifications que reçut la théorie générale des contrats, sous l'influence de l'école Proculienne.

Au lieu de fixer simplement les limites de la liberté et de déclarer obligatoires toutes les conventions dont la cause et l'objet sont licites, pendant longtemps la loi romaine n'attribua la puissance d'obliger qu'aux conventions faites dans des formes solennelles. Il y avait sans doute plusieurs exceptions à la règle, mais elles ne suffisaient pas pour assurer l'exécution de toutes les transactions. Bien des opérations ne rentraient dans aucun des types reconnus par le droit civil. Il arrivait assez souvent que l'auteur d'une prestation faite en vue d'obtenir une autre prestation ne pouvait conclure à l'exécution de la convention, mais seulement répéter sa chose ou demander compte à la partie adverse de l'enrichissement qu'il lui avait procuré. C'était là une lacune que les Proculiens prirent à tâche de combler. Le mouvement donné par leur chef devait aboutir au triomphe définitif de la théorie des contrats innommés. Nous voulons dire que les Romains finirent par considérer comme obligatoire toute convention synallagmatique exécutée par l'une des parties. Une action de bonne foi, l'action *præscriptis verbis* servit de sanction.

Quand l'innovation des Proculieus eut pris tout son développement, le *rogatus* en bénéficia. Le précaire était naturellement désigné pour figurer dans la catégorie des contrats innommés *facio ut facias*. On y trouve les éléments constitutifs de ces sortes de

negotia : d'une part, engagement de faire une *nuda traditio*, suivi d'exécution ; d'autre part, engagement de restituer. Mais, comme le dit M. Accarias, la théorie des contrats innommés ne devait pas naître formée de toutes pièces. A l'époque de Paul et d'Ulpien, on discute encore sur l'étendue qu'il convient de lui reconnaître. On ne doit donc pas s'étonner que les deux jurisconsultes aient éprouvé quelque hésitation sur la nature du *precarium* et qu'ils aient exprimé à cet égard chacun deux opinions différentes.

Nous concluons qu'au cours de son développement historique le précaire a changé de nature. Après être resté, pendant plusieurs siècles, un simple pacte, il est devenu un contrat, sanctionné par une action de bonne foi, l'action *præscriptis verbis*.

D'ailleurs, les Sabinien eux-mêmes étaient arrivés à fournir au *rogatus* une garantie civile. Un fragment de Julien en fait foi : *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione (id est) præscriptis verbis* (L. 19, § 2, de *precario*).

Il est visible que cette loi a subi une altération. Ce n'est évidemment pas son auteur qui a confondu de la sorte une action *stricti juris* avec une action de bonne foi. Il y a dans cette confusion une erreur qu'il faut laisser au compte des compilateurs de Justinien. Quel était donc le texte primitif ? De Savigny

propose de remplacer l'expression *condictione incerti* par l'expression *actione incerti*, dénomination qui est quelque fois attribuée à l'action *præscriptis verbis*. Au contraire, MM. Vernet et Machelard sont d'avis qu'il y a lieu de supprimer purement et simplement les derniers mots *id est præscriptis verbis*. Cette explication est préférable. On ne saurait croire, en effet, que l'un des chefs de l'école Sabinienne ait admis une action dont Gaiûs, après lui, repousse encore l'emploi. Au surplus, Ulpien nous apprend que, dans l'hypothèse d'un contrat innommé, Julien délivra une action prétorienne *in factum* et non l'action *præscriptis verbis* (L. 7, § 2, *Dig.*, lib. II, tit. 14.)

En définitive, Proculiens et Sabinien s'accordèrent à placer le précaire au nombre des actes juridiques régis par le droit civil. Seulement leurs méthodes étaient différentes. Pour les uns, la concession engendrait une obligation contractuelle proprement dite dont l'exécution était assurée par l'action *præscriptis verbis*. Pour les autres, elle entraînait une obligation *quasi ex contractu* qui était sanctionnée par une *condictio sine causa* ayant pour base l'enrichissement du rogans. C'est au premier système que l'avenir réservait la préférence.

CHAPITRE III

LES EFFETS DU PRÉCAIRE.

Suivant l'expression de M. Accarias, le précaire renferme une libéralité aussi large qu'on peut la faire quand on retient le droit de propriété dans toute sa plénitude.

Le précariste obtient le *jus utendi* dans toute sa force. Il se sert de la chose à son gré, comme le propriétaire lui-même, pourvu qu'il conserve la possibilité d'opérer la restitution *ad nutum rogati*.

En second lieu, il bénéficie de tous les fruits qui se séparent de la chose jusqu'au jour de la restitution amiable ou jusqu'au jour de la reddition de l'interdit *de precario*. Il ne doit rendre que la chose principale et ses produits extraordinaires (L. 8, § 4, *de precario*).

Toutefois la part de l'esclave n'est pas *in fructu*, et, par suite, il n'appartient pas au précariste. *Quamvis ancillam quis precario rogaverit, id actum videtur, ut etiam quod ex ancilla natum esset, in eadem causa haberetur.* (L. 10, *de precario*). Lors-

qu'une *ancilla* a été livrée *precario*, l'enfant qui naît pendant la durée du précaire, suit la condition de sa mère pour être compris avec elle dans la restitution. Afin de repousser la doctrine contraire qui avait été soutenue à l'époque de Cicéron (L. 68, *pr. Dig.*, lib. VII, tit. 1), Gaius proclame une raison de dignité humaine. Il serait absurde, dit-il, de considérer comme un fruit l'homme pour qui la nature a créé tous les fruits. (L. 28, § 1, *Dig.*, lib. XXII, tit. 1. *Inst. Just.* lib. II, tit. 1, § 37). Mais il nous est permis de croire que ce n'est point par ce sentiment que furent guidés les jurisconsultes romains qui faisaient descendre l'esclave au rang des choses et le classaient dans la catégorie des *res Mancipi*, pêle-mêle avec les bêtes de somme *quæ collo dorsove domantur*. On peut, comme l'a fait Ulpien, assigner à leur solution une cause plus vraie et plus juridique. Le part n'est pas un fruit parce que la destination de l'*ancilla* ne consiste pas à enrichir son maître par la reproduction, mais par le travail; *quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur, ut pariant*. (L. 27, *pr. Dig.*; lib. V, tit. 3). En d'autres termes, le part n'est pas *in fructu* parce qu'il manque de l'un des caractères requis pour qu'un objet soit un fruit, celui d'être un produit de la chose d'après sa destination.

A ne considérer que l'étendue des avantages, la jouissance du précariste ressemble à celle de l'usu-

fruitier. Elle est même plus précieuse en ce qui concerne l'acquisition des fruits. Tant que les fruits n'ont pas une individualité propre, tant qu'ils sont pendants par branches et par racines, comme dit la loi française, le droit de propriété sur eux se confond avec le droit de propriété sur la chose frugifère. Jusque-là, l'usufruitier ni le précariste ne sauraient y prétendre. Mais si nous nous plaçons au moment où des fruits viennent de se détacher seuls, sous l'action de la maturité ou par un coup de vent, la condition des deux possesseurs cesse d'être la même. Ces fruits tombés seuls ne seront acquis à l'usufruitier qu'à la suite d'une prise de possession émanée de lui ou de ses serviteurs, (Inst. Just., lib. II, tit. 1, § 36), tandis qu'ils passent dans le patrimoine du précariste, possesseur de bonne foi, par le seul fait de leur séparation. La différence que nous signalons ne manque point de conséquences. Par exemple, en cas de vol de fruits non perçus, le précariste pourra poursuivre le voleur par la *rei vindicatio* ou par la *condictio furtiva*, ce que ne pourra pas faire l'usufruitier, faute d'avoir la qualité de propriétaire.

Sur quoi reposent tous ces profits dont jouit le précariste? Est-ce sur un droit réel? Est-ce tout au moins sur un droit personnel de jouissance?

Nous devons répondre que le *precarium* ne confère aucun droit proprement dit. Le possesseur précaire ne dispose d'aucune action contre le concédant ni

contre les tiers, Ulpien nous l'indique en termes on ne peut plus énergiques : *possessio precaria non pergit ad iudicii vigorem*.

Lorsque la possession précaire est transmise à plusieurs personnes indivisément, elle ne peut faire l'objet d'un partage judiciaire. L'action *communi dividundo* ne s'y applique pas. *Inter prædones autem hoc iudicium locum non habet : nec, si precario possideant, locum habebit.* (L. 7, § 4, *Dig.*, lib. X, tit. 3). A quoi bon le juge s'occuperait-il d'une possession qui demain peut-être n'existera plus, soumise comme elle est à un pouvoir de révocation purement arbitraire ?

La possession du rogans a beau être *justa*, on ne la protège pas par l'action Publicienne. (L. 13, § 1, *Dig.*, lib. VI, tit. 2). Cette action, dit Gaius, n'est pas organisée pour toutes les possessions justes, mais seulement pour celles qui sont fondées sur une juste cause d'acquisition de la propriété. Le précariste est comme le créancier gagiste ; il ne peut en demander la délivrance puisque son titre l'oblige à reporter à autrui la qualité de propriétaire : *non eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse*.

Si le précariste est victime d'un vol, on ne lui donnera même pas l'action *furti*. Sans tenir compte du préjudice que lui cause l'interruption de sa possession, on lui fermera, ainsi qu'au dépositaire,

toute voie de recours contre le coupable. C'est la décision de la loi 14, § 11, *de furtis*, ainsi conçue : *Is, qui precario, servum rogaverat, subrepto eo potest quæri, an habeat furti actionem ? Et cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem*. On délivre pourtant cette action à toute personne qui avait intérêt à ce que le délit ne fût pas commis. Mais on considère que le précariste n'a pas d'intérêt lésé, dans le sens légal du mot, parce qu'il n'est point responsable du *furtum* envers le concédant et qu'en agissant contre le voleur, il chercherait moins à éviter un dommage qu'à s'assurer un bénéfice. (L. 71, § 1, *de furtis*). Telle est si bien la raison de notre règle que si la responsabilité du rogans se trouvait engagée, sa demande de poursuite serait accueillie. C'est ce qui arriverait notamment dans l'hypothèse où le vol aurait eu lieu postérieurement à la reddition de l'interdit *de precario*. *Plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam præstare : et ideo et furti agere posse*. (L. 14, § 11, *de furtis*).

Bien que le précariste ne dispose d'aucune action, il n'est pas pour cela dépourvu de toute garantie, il n'est pas complètement désarmé contre les troubles que les tiers apportent à sa jouissance. On lui attribue la possession, dit Pomponius : *Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci posses-*

sionem non est dubium. Nous retrouvons la même décision sous la plume d'Ulpien : *meminisse, nos oportet, qui precario habet, etiam possidere*. (L. 15, § 4 ; L. 4, § 1, *de precario*). En sa qualité de possesseur, il est à même d'exercer les interdits *retinendæ aut recuperandæ possessionis* contre tout le monde, hormis le concédant. *Qui precario fundum possidet, ex interdicto uti possidetis adversus omnes, præter, eum, quem rogavit, uti potest*. (L. 17, *de precario*).

Toutefois cette transmission d'une possession juridique au profit du rogans, n'est pas absolue. Dans certains cas, le *precarium* existe sans que la possession passe au concessionnaire. *Precario autem rogavit non ut possideret, sed ut in possessione esset* (L. 10, § 1, *Dig. lib. XLI, tit. 2*). *Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet : sed possessio apud eum, qui concessit, remanet*. (L. 6, § 2, *de precario*). Mais le transport de la possession constitue un effet naturel du *precarium*, effet qui se produit donc toutes les fois que les parties n'ont pas manifesté une intention contraire dans l'acte de concession. Nous sommes ici dans l'un des deux cas où la loi romaine laisse aux parties le choix de faire produire à leur convention ou le transfert de la possession ou le transfert de la simple détention. Le second cas se présente en matière de séquestre.

Pour essayer de trancher les difficultés que la possession précaire soulève tant en droit romain qu'en

droit français, il est essentiel de rappeler dans ses grandes lignes la notion générale de la possession.

La possession est le fait qui correspond au droit de propriété. Elle s'établit par la réunion de deux éléments, le *corpus* et l'*animus domini*.

Le *corpus* consiste dans le fait d'avoir un bien à sa disposition, dans la possibilité d'agir sur lui à l'exclusion des autres personnes.

L'*animus domini*, c'est l'intention d'agir comme maître, c'est la prétention de s'attribuer à soi-même, à tort ou à raison, la qualité de propriétaire. Si cette disposition d'esprit ne préside pas aux actes de jouissance, celui qui les exerce ne possède pas, il ne fait que prêter son ministère à la possession d'autrui.

Il faut donc qu'au fait de la détention vienne se joindre la volonté de disposer de la chose comme sienne. Ces deux conditions sont nécessaires : *adipiscimur possessionem corpore et animo ; neque per se animo, aut per se corpore* (L. 3, § 1, *Dig.*, lib. XLI, tit. 2). Hâtons-nous de dire qu'elles sont suffisantes. Je possède un bien alors même que je saurais qu'un autre en est propriétaire si je refuse de le reconnaître pour tel.

La langue du droit romain renferme des expressions diverses pour marquer la distinction entre la possession et la simple détention. On désigne le possesseur *animo domini* en disant : *possidet*. Quand on veut désigner le simple détenteur, on dit plutôt : *non pos-*

sidet, est in possessione, corporaliter possidet, naturaliter possidet.

Cependant il n'est pas sans exemple que les deux situations soient comprises sous la même dénomination. L'expression *possessio naturalis* présente, en effet, un sens équivoque qu'on ne peut fixer qu'après un examen particulier de chaque espèce. Tantôt elle désigne la simple détention, comme nous venons de le dire (L. 2, § 1, *Dig.*, lib. XLI, tit. 5); tantôt elle se réfère à la possession *animo domini* (L. 1, § 9 et 10, *de vi*); tantôt elle embrasse toute détention qui manque de quelques-unes des conditions requises pour l'usucapion, aussi bien la possession proprement dite, comme celle du créancier gagiste ou de l'époux donataire, que la simple détention, comme celle du dépositaire ou du commodataire (L. 3 § 15; l. 4, *ad exhibendum*; l. 16, *de usurp. et usucap.*)

Notons, en passant, que c'est par suite d'une méprise sur les diverses significations de cette locution *possessio naturalis* que des commentateurs ont cru, bien à tort, que l'interdit *de vi* se délivrait aux simples détenteurs. Lorsque le jurisconsulte Ulpien déclare dans le paragraphe 9 de la loi 1, *de vi*, que cet interdit appartient à toutes les personnes qui possèdent *sive civiliter sive naturaliter*, il veut uniquement exprimer cette idée que la *possessio civilis* n'est pas nécessaire. La preuve en résulte jusqu'à l'évi-

dence du paragraphe 10 où l'auteur refuse l'interdit au fermier.

Ce qu'il nous importe avant tout de constater ici, c'est que les mots *possessio precaria* n'ont jamais cessé dans le droit romain d'avoir un sens bien déterminé et tout à fait spécial. Ils qualifient la jouissance du concessionnaire en précaire et elle seule. Nous verrons que nos auteurs français ont commis une confusion à ce sujet. Ils ont pris pour synonymes les locutions *possessio precaria* et *possessio naturalis*, celle-ci entendue dans le sens de toute détention qui n'est pas accompagnée de l'*animus domini*. La notion de la précarité a été ainsi considérablement élargie.

Les prétentions du rogans ne sauraient s'élever jusqu'à la propriété puisque son titre l'oblige à restituer la chose concédée. On ne peut donc contester qu'il manque de l'*animus domini*. Malgré cela, on lui attribue la qualité de possesseur. En droit romain, la précarité n'affecte pas la possession dans son essence. Loin de là, elle ne fait que lui imprimer un vice relatif dont le *rogatus* est seul admis à se prévaloir (L. 17, *de precario*).

Il y a deux autres cas dans lesquels il est permis de transférer la possession sans la propriété. Nous voulons parler du gage et du séquestre. Le créancier gagiste et le séquestre ont l'exercice des actions possessoires, et pourtant il est bien certain qu'eux aussi sont incapables d'aspirer à la propriété. (L. 16, *Dig.*

lib. XLI, tit. 3. — L. 17, § 1, *Dig.*, lib. XVI, tit. 3. — L. 39, *Dig.*, lib. XLI, tit. 2).

De là une divergence d'opinion entre les auteurs modernes sur le point de savoir s'il faut considérer les trois situations comme exceptionnelles en maintenant comme un élément essentiel de la possession la condition d'un *animus domini* proprement dit, ou bien s'il faut les faire rentrer dans la règle générale en se contentant d'une volonté moins impérieuse, d'une espèce d'*animus rem sibi habendi*.

Quant à nous, il nous semble préférable d'adopter la notion si simple de l'*animus domini* en vertu de laquelle la possession correspond en fait au droit de propriété et de regarder comme autant d'irrégularités les trois espèces où le législateur s'est écarté de ce point de vue. Ces anomalies s'expliquent par des raisons d'utilité pratique. En ce qui touche le précaire, il était bon que le riche praticien n'eût pas à intervenir personnellement dans toutes les contestations relatives aux immenses *latifundia* dont il avait abandonné la jouissance à ses clients.

Dans l'hypothèse du *precarium*, ainsi que dans l'hypothèse du gage, les émoluments juridiques de la possession se divisent entre les parties. Le rogans dispose des interdits possessoires en même temps que le *rogatus* continue à usucaper; s'il y a lieu. « En théorie, dit M. Labbé, rien de plus compliqué. N'y a-t-il qu'un possesseur? Non. Y a-t-il deux pos-

sesseurs divers ou tout au moins un possesseur et un quasi possesseur d'un droit détaché de la propriété ? Non » (Labbé sur Machelard, *Dissertations en droit romain et en droit français*).

Ces observations de notre savant maître nous conduisent à rechercher si plusieurs personnes peuvent posséder en même temps la même chose. On conçoit facilement l'existence d'une possession *pro diviso* ou *pro indiviso* de la part de plusieurs personnes ou encore le concours d'une *corporis possessio* et d'une *juris possessio*. Mais notre question revient à demander si plusieurs personnes peuvent avoir simultanément, chacune au même titre et pour le tout, la possession d'un même bien.

La possession n'étant pas autre chose que l'image de la propriété, il semble qu'elle doit être comme elle exclusive et absolue. *Celsus filius ait... duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse* (L. 5, § 15, *Dig.*, lib. XIII, tit. 6).

Le principe de l'impossibilité de deux possessions sur une chose paraît en effet avoir été admis de tout temps par les jurisconsultes romains ; mais, tandis que les uns posent le principe dans toute sa rigueur, d'autres y apportent des exceptions, notamment en ce qui concerne la possession précaire. Nous savons par la loi 3, § 5, de *adq. poss.*, qu'une contestation avait surgi entre les deux écoles, les Sabinien d'une part, et les Proculiens de l'autre. Voici ce texte :

Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium juste, alium injuste possidere : duos injuste, vel duos juste non posse ; quem Labeo reprehendit : quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat ; quod est verius : non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto ; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Nous devons tout d'abord fixer le sens des épithètes *justa et injusta* que les textes appliquent tour à tour à la possession précaire. (L. 13, § 1, de *Publ. act.* — L. 3, § 5, de *adq. poss.*).

D'après Savigny (*Traité de la possession*, § 42), une possession est *justa* ou *injusta* selon qu'elle s'exerce d'une façon licite ou illicite. En conséquence, la possession précaire présente les deux caractères, mais à des époques différentes. Juste à l'origine, elle devient délictueuse au moment où le concessionnaire résiste à une demande en restitution. Cet abus de confiance produit le même effet que la violence dans la *violenta possessio*.

Cette théorie a rencontré de nombreux contradicteurs. Elle est en effet bien difficile à concilier

avec le principe qui veut que, pour déterminer la nature d'une possession, on se place à son commencement : *origo possessionis exquirenda est*. D'une autre part, nous avons un texte qui en contient, selon nous, la condamnation formelle. *Iuste possidet, qui auctore prætore possidet*. (L. 11, *Dig.*, lib. XLI, tit. 2). La possession, dit Paul, est juste quand elle est protégée par le préteur, ce qui signifie aussi qu'elle est injuste quand cette protection lui fait défaut. En suivant cette règle, on doit conclure que la possession précaire offre dès le début deux caractères différents. Puisqu'elle est protégée contre les tiers sans l'être contre le *rogatus*, elle est juste à l'égard des uns et injuste à l'égard de l'autre. Il n'y a pas lieu de se placer aux diverses époques de sa durée, mais de considérer les diverses personnes contre lesquelles on veut la faire valoir. Pour compléter notre démonstration, nous remarquerons que dans la loi 2, *uti possidetis*, l'expression *injusta possessio* se réfère évidemment à la possession entachée de précarité dont il est fait mention dans la loi précédente, possession qui est envisagée avant tout refus de restitution.

Ces explications données, revenons à la loi 3, § 5, *de adq. poss.*

Savigny et les auteurs qui adoptent sa notion de la *possessio justa*, traduisent ainsi le passage de Paul.

1° Paul et Labéon maintiennent dans sa généralité

le principe : *duorum in solidum possessio non esse potest*.

2° Sabinus apporte une exception à ce principe, dans l'hypothèse d'un *precarium*. Il enseigne que le *rogatus* continue à posséder conjointement avec le rogans, sans distinguer si la possession de celui-ci est juste ou injuste, c'est-à-dire sans distinguer si on est avant ou après le refus de restitution, de sorte que, dans l'espèce, deux possessions, fussent-elles justes toutes les deux, peuvent exister l'une à côté de l'autre.

3° L'exception de Trebatius est à la fois plus large sous un rapport et plus étroite sous un autre. Ni deux possessions justes, ni deux possessions injustes ne peuvent concourir, mais rien n'empêche de faire concourir une possession juste avec une possession injuste. On aperçoit les conséquences de cette proposition : 1° dans le cas d'une spoliation par violence ou par fraude, le spolié continue à posséder *ex justa causa* pendant que le spoliateur possède *ex injusta causa* ; 2° dans le cas d'un précaire, puisque la possession du rogans ne commence à devenir injuste qu'à partir du retrait de la concession, c'est seulement à partir de cette époque que la possession du *rogatus* vient s'ajouter à elle.

Selon nous, Sabinus et Trebatius enseignent tous les deux que, même *manente precario*, indépendamment de toute révocation, la possession du rogans et

celle du *rogatus* coexistent. Si notre interprétation ne découlait déjà de la définition de la *possessio justa* qui nous a été fournie par Paul, dans la loi 11, *de adq. poss.*, il nous suffirait, pour la justifier, d'invoquer le sens littéral de notre texte. *Idem Trebatius probabat...* Cet *idem* s'oppose à ce qu'on relève un dissentiment quelconque entre les deux jurisconsultes de l'école Sabinienne.

La doctrine des Proculiens a prévalu. On doit reconnaître qu'en donnant au texte de Paul une place dans leur compilation, les rédacteurs de Justinien ont voulu lui attribuer force de loi, d'autant plus que la décision de l'auteur repose sur des motifs puisés dans la nature même des choses : *contra naturam quippe est ut cum aliquid teneam, tu id tenere videaris.*

Il est vrai que certains auteurs modernes ont vu dans la loi 15, *de precario*, une trace de la divergence d'opinion qui avait divisé les deux écoles ; mais, il nous semble plus juste de suivre l'interprétation de M. Machelard qui propose de restreindre, dans la pensée du jurisconsulte Pomponius, la conservation de la possession au profit du *rogatus*, à la possession *ad usucapionem*.

Nous avons vu que le précariste ne saurait être investi de la faculté de prolonger la durée de sa jouissance contre la volonté de son bienfaiteur. Il doit obéir sans délai à la demande en restitution.

Alors surgit la question de savoir ce qu'on peut lui réclamer. Si la chose a péri ou si elle a été détériorée entre ses mains, dans quelle mesure sa responsabilité est-elle engagée? Il est à peine besoin de dire qu'on ne peut lui reprocher la perte ou la détérioration qui provient d'un cas de force majeure. Mais la limite des ménagements dont on use à son égard s'étend beaucoup plus loin. S'il n'est pas coupable de dol, on le tient quitte quand il a rendu l'objet tel quel : *quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, id illi restituas* (L. 1, pr., de precario). Il faut prendre garde néanmoins que l'on assimile au dol la faute lourde, celle qui, en dehors de toute intention frauduleuse, heurte le sens commun, celle que ne commettrait pas le débiteur le plus négligent. *Culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit* (L. 8, § 3, de precario). Tel serait le cas où le précariste serait assez négligent pour laisser perdre une servitude par le non-usage (L. 8, § 5, de precario). Le dol et la faute lourde mis à part, le rogans est dégagé de toute obligation. Il ne répond de rien quand bien même la dépréciation surviendrait par son fait ou même par sa faute. *Illud adnotatur, quod culpam non præstat is qui precario rogavit, sed solum dolum præstat* (L. 8, § 3, de precario). Solution étrange si on considère qu'en règle générale le débiteur d'un corps certain est soumis à une responsabilité d'autant plus rigou-

reuse que son intérêt dans le contrat est plus considérable. Ainsi, on exige que la vigilance du commodataire s'élève au niveau de celle d'un administrateur irréprochable. Pourquoi le précariste jouit-il d'une faveur exceptionnelle? Dans la pensée d'Ulpien, cela tient à l'esprit de bienveillance qui forme la règle unique des relations entre les deux parties. *Nec immerito dolum solum præstat is qui precario rogavit : cum totum hoc ex liberalitate descendat ejus qui precario concessit, et satis sit, si dolum tamen præstetur.* Mais ce motif serait applicable à toutes les concessions qui proviennent d'une intention de libéralité. Peut-être vaut-il mieux, à l'exemple de Pothier, demander la raison de cette bizarrerie à l'absence de tout contrat entre le *rogatus* et le rogans.

Le commodataire peut, au moyen de l'action *commodati contraria*, se faire indemniser des dépenses extraordinaires opérées pour la conservation de la chose, et faire supporter en outre au commodant les conséquences de son dol. Y a-t-il lieu de s'attacher à la même solution en faveur du rogans? La question n'est ni posée, ni résolue par les textes. On présume, généralement, avec beaucoup de vraisemblance, que le précariste n'est admis à alléguer aucune cause d'obligation contre son auteur, et cela par ce motif que le *precarium*, au lieu d'être un contrat, est un simple acte de libéralité dont il ne

saaurait découler aucun engagement à la charge du *rogatus*. Il est même très douteux que le jour où il a été promu au rang des contrats innommés, le précaire se soit identifié avec le commodat sur les deux points qui nous occupent.

CHAPITRE IV

MODES D'EXTINCTION DU PRÉCAIRE.

La durée du précaire dépend absolument du caprice du *rogatus*. Toutefois le changement de volonté du concédant ne met fin à la concession qu'autant qu'il est manifesté d'une façon expresse. On va tellement loin dans cette voie que si le précaire est consenti *ad certum tempus*, le silence du maître à l'expiration du délai est considéré comme un acquiescement à une nouvelle libéralité. *Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur: intelligitur enim dominus, cum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere, rursus precario concedere.* (L. 4, § 4, *de precario*). Il importe de remarquer ici que ce n'est pas l'ancien *precarium* qui continue, mais un nouveau qui commence. La distinction ne laisse pas d'offrir une certaine utilité. Ainsi, lorsque le maître de la chose est devenu fou, on ne peut présumer à l'échéance de la concession primitive la conclusion tacite d'un second précaire,

d'où il suit que le précariste doit faire la restitution, sous peine de devenir comptable des fruits et d'endosser la responsabilité d'un possesseur de mauvaise foi. Au contraire, l'accident resterait sans influence s'il s'agissait d'une simple prolongation de délai. — D'une autre part, suivant que l'on se place à l'un ou à l'autre des deux points de vue, la prescription trentenaire de l'interdit *de precario* prend son point de départ au jour du renouvellement ou au jour de la tradition.

Nous devons maintenant rechercher quelle influence exerce sur le *precarium* le décès de l'une ou de l'autre des parties.

Il est incontestable que, malgré le décès du *rogatus*, la *possessio precaria* continue de produire ses effets. Nous avons un texte d'Ulpien qui ne souffre aucune hésitation à ce sujet : *Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede ejus precario habere videtur : et ita et Sabinus et Celsus scribunt : eoque jure utimur. Ergo et a cæteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat : et adjicit, etiam si ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere.* (L. 8, § 1, de *precario*).

Au premier coup d'œil, on peut être tenté de croire que cette solution est contredite par la loi 4, *locati conducti* : *Locatio precariæ rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset, dedissetve, vellet, morte ejus qui locavit, tollitur.* Mais la contradiction n'est

qu'apparente. En effet, cette dernière décision n'est intervenue que pour l'hypothèse spéciale où la durée du *precarium* serait subordonnée en termes exprès à la persistance de la volonté du concédant ; *quoad is qui dedisset, vellet*.

Remarquons que, selon toute probabilité, ce texte de Pomponius a été altéré par les rédacteurs de Justinien ; car, l'auteur parlant du louage et du précaire au commencement de sa phrase, devait y mentionner à la fin la mort du *rogatus* aussi bien que celle du *locator*.

Plusieurs sources nous apprennent que le décès du rogans, à la différence de celui du *rogatus*, occasionne la rupture du *precarium*.

En première ligne nous citerons la loi 12 de notre titre : *Precario rogatio et ad heredem ejus qui concessit, transit ; ad heredem autem ejus, qui precario rogavit, non transit : quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est*. Celse rapproche les deux événements pour opposer les conséquences de l'un aux conséquences de l'autre, pour marquer que si l'héritier du *rogatus* continue le rôle de son auteur, l'héritier du rogans cesse de posséder *precario*. La libéralité est faite *intuitu personæ* ; comme telle, elle doit s'éteindre au décès du bénéficiaire.

Dans ses Sentences, Paul enseigne à son tour, qu'il faut traiter l'héritier du concessionnaire plutôt comme un possesseur clandestin que comme un possesseur

précaire, parce qu'il n'a pas adressé de *rogatio* au maître. *Heres ejus qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est clam videri possidere; nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ. Et ideo persecutio ejus rei semper manebit, nec interdicto locus est.* (lib. V, tit. 6, n° 12). Il est certainement sous-entendu que l'héritier sait à quel titre la chose se trouve dans la succession. On peut alors lui reprocher de n'avoir pas porté l'ouverture de cette succession à la connaissance du *rogatus* et de n'avoir pas opéré la restitution ou sollicité un nouveau *precarium*. M. Machelard observe que la dernière partie du passage précité soulève une difficulté d'interprétation. Après avoir énoncé que la possession devient clandestine au lieu de rester précaire, Paul semble déduire de là, au moyen de la conjonction *ideo*, que le concédant conserve toujours le droit d'agir en restitution et qu'il n'y a pas lieu à un interdit. On ne voit pas bien comment les déductions se relient à la prémisse. Au gré du savant professeur, « tout ce que veut dire Paul, c'est que l'interdit *de precario* dont il s'occupait dans les paragraphes précédents, ne doit point trouver place ici. L'héritier n'est pas admis à invoquer la position d'un précariste avec les ménagements qu'elle comporte..... Il est soumis indéfiniment à une action sur laquelle il devra tenir compte de la chose et de ses accessoires, sans que les principes indulgents observés à l'occasion du *precarium*

lui soient applicables ». (*Des interdits*, p. 273).

Enfin, dans la loi 11, *de div. temp. præscr.*, où Papinien professe que les vices de la possession du défunt passent à la possession de l'héritier, le célèbre jurisconsulte insiste sur ce fait que l'héritier du rogans est soumis à cette règle quoique l'interdit *de precario* ne puisse être délivré contre lui. *Cum heres in jus omne defuncti succedit, ignorance sua defuncti vitia non excludit: veluti cum sciens alienum illum, illo, vel precario possedit; quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur: tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit.* Ce texte montre bien que Papinien apporte aussi l'appui de son autorité à la théorie de la non-transmission du précaire au bénéfice du successeur universel du rogans.

Malheureusement la doctrine que nous venons d'exposer se heurte à une contradiction formelle de la part d'Ulpien. Voici le fragment auquel nous faisons allusion: *hoc interdicto heres ejus, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse: ut sive habet, sive dolo fecit, quominus haberet vel ad se perveniret, teneatur: ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.* (L. 8, § 8, *de precario*).

Les auteurs modernes se sont évertués à résoudre l'antinomie par diverses explications plus ou moins forcées.

Selon Cujas, c'est *hereditario nomine* et non *proprio*

nomine qu'Ulpien rend l'héritier du rogans passible de l'interdit *de precario*. Mais il est facile de répondre que, d'après le texte lui-même, la poursuite peut s'exercer à ces deux titres : au premier cas, l'héritier n'est responsable que dans la limite de son enrichissement ; au second cas, il répond de son dol, indépendamment de tout profit.

Selon de Vangerow, Ulpien ne décide pas que la concession primitive se continue dans la personne de l'héritier du concessionnaire, mais il vise simplement la conclusion tacite d'un nouveau *precarium*, conclusion qui devait être très fréquente dans la pratique romaine. Remarquons, dit l'auteur allemand, que pour refuser à l'héritier la qualité de possesseur précaire, Paul et Papinien ont soin de relever dans leurs fragments des circonstances de fait qui empêchent toute supposition d'un renouvellement. C'est ainsi que Paul nous parle d'un héritier qui, dans la crainte d'une demande en restitution, laisse ignorer au *rogatus* le décès du rogans. De son côté, Papinien rapporte une espèce où l'héritier, dans la croyance d'être devenu propriétaire, manque de l'*animus precario habendi*. — Pour nous, cette conciliation n'est pas plus fondée que la précédente. Elle nous semble contraire au sens littéral de notre texte où Ulpien affirme d'une façon absolue, abstraction faite de toutes circonstances, que l'héritier prend la place du concessionnaire primitif : Il

est d'ailleurs téméraire de conclure, comme le fait de Vangerow, que Papinien donnerait l'interdit *de precario* contre le successeur universel, si celui-ci était au courant de la situation. Pour reconnaître de la valeur à cet argument *a contrario*, tiré de l'adjectif *ignorans*, il faudrait croire que le jurisconsulte se propose, dans la loi 11, d'étudier les conditions suivant lesquelles l'héritier du précariste devient lui-même précariste ou cesse de l'être. Mais son but est bien différent. Il veut démontrer que dans tous les cas les vices de la possession du *de cujus* entachent la possession de l'héritier, quels que soient les sentiments personnels de ce dernier. Afin de mettre en relief d'une façon saisissante la rigueur de ce principe, afin d'enlever à ses lecteurs toute tentation d'y apporter une exception quelconque, il nous en montre l'application dans une hypothèse où tout porte à penser que le nouveau détenteur réunit les conditions requises pour l'usucapion. En admettant, dit-il, que l'acte qui avait engendré le vice de la possession soit éteint comme il arrive pour le précaire au décès du rogans, en admettant même que l'héritier soit de bonne foi, l'usucapion reste quand même impossible. Lorsqu'il suppose que l'héritier est de bonne foi, Papinien ne veut pas faire croire que cet héritier, s'il était renseigné sur la situation, serait soumis à l'interdit *de precario* parcequ'il y aurait lieu de présumer qu'un nou-

veau *precarium* lui a été consenti ; il veut dire simplement que le successeur a une possession vicieuse, malgré sa bonne foi et bien qu'en réalité il ne possède pas à titre précaire.

Au cours de notre étude, nous ne devons pas perdre de vue un seul instant qu'il y a deux périodes distinctes dans l'histoire du *precarium*. Après être resté pendant des siècles un simple pacte, il a pris rang au nombre des contrats innommés. En suivant cette transformation, on comprend aisément qu'Ulpien ait battu en brèche l'ancienne théorie. Celse, Paul et Papinien refusent de faire entrer l'héritier dans le rapport créé par le défunt parce que, suivant eux, le précaire n'engendre pas une obligation civile. Mais, si on considère le précariste comme un débiteur *ex contractu*, et c'est un point de vue auquel Ulpien se place volontiers (L. 23, *de reg. jur.*), on doit naturellement faire passer à l'héritier les effets de l'obligation contractuelle.

En tout cas, ce système triompha dans le dernier état du droit romain. Nous en trouvons la preuve dans une constitution des empereurs Dioclétien et Maximilien, la loi 2, au Code, *de precario*, où l'interdit *de precario* est tenu à la disposition du *rogatus* contre l'héritier du rogans. (Voyez Machelard, *des interdicts*, p. 275).

Notons que si la personnalité juridique du préca-

riste change par suite d'une *adrogatio*, l'adrogeant possède *precario*. (L. 16, *de precario*).

Etant donné que le *precarium* repose entièrement sur des relations personnelles de bienveillance, l'esprit est enclin à supposer que l'aliénation de la chose concédée équivaut à une révocation. Pourtant Ulpien estime que le précaire subsiste dans le cas où le précariste est laissé en possession. La tolérance de l'acquéreur est alors tenue pour une confirmation de la libéralité. (L. 8 § 2, *de precario*).

Lorsque le précaire est adjoint à un contrat de gage ou à un contrat de vente, il s'éteint par le paiement de la dette ou du prix d'achat (L. 11 et l. 20, *de precario*).

Enfin, le précaire s'évanouit lorsque les parties s'entendent pour transformer la possession précaire en une simple détention à titre de louage (L. 10, *pr., de acq. poss.*).

CHAPITRE V

DES MOYENS DE RESTITUTION ACCORDÉS AU ROGATUS.

Les moyens accordés au *rogatus* pour vaincre la résistance déloyale du rogans ont varié. A l'origine, le concédant semble n'avoir eu d'autre ressource que celle de recourir à la force pour reprendre sa chose. Mais le préteur qui, par les attributions de sa charge, devait empêcher les rixes, interposa de bonne heure son autorité pour garantir l'exécution de l'obligation de rendre à laquelle le rogans voulait se soustraire. Quand il s'agissait de protéger un droit dont la violation ne donnait pas lieu à une action, le magistrat comblait cette lacune des lois civiles en organisant une formule d'interdit. Pour le précaire, ce fut l'interdit de *precario*. Plus tard, lorsque grâce aux efforts incessants des Proculiens, la théorie des contrats innommés eût enfin triomphé, le précaire subit les effets de cette innovation. Cessant d'être un simple fait placé en dehors de la loi, il tomba sous l'empire du droit civil et se trouva en conséquence sanctionné par une action de bonne foi, l'action *præscriptis verbis*.

Il convient d'examiner successivement chacune de ces voies de recours.

Quand une personne se plaignait d'une dépossession par violence, le préteur lui refusait l'interdit de *vi* si elle avait elle-même dépouillé antérieurement, *vi, clam aut precario*, l'individu contre lequel sa plainte était dirigée. Dans ce cas, toute protection lui était refusée. *Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur* (Paul, Sent., lib. V, tit. 6, § 7). — Il résultait de là que le *rogatus* pouvait rentrer en possession, sans porter la contestation devant le magistrat. Eût-il pour cela employé la violence, peu importait, pourvu qu'il n'eût pas agi à main armée ni provoqué d'attroupements (Gaius, comm. IV, n^{os} 154 et 155). La victime de la voie de fait se trouvait désarmée par l'exception de précarité qui, nous venons de le dire, lui était opposable. Mais cette licence de se faire justice à soi-même était trop grossière pour durer dans une société aussi fortement organisée que celle des Romains. A l'époque de Justinien, et bien avant, le concédant s'exposait à une peine sévère lorsqu'il tentait de recouvrer par la force la possession de sa chose. En l'an 389 de notre ère, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, par une constitution célèbre qui forme au Code la loi 7, *unde vi*, réprimèrent de la façon la plus énergique tout recours à la violence. Sous l'empire de cette loi, le *rogatus* qui était assez

mal inspiré pour expulser par la force son tenancier, se rendait passible de l'interdit *unde vi* qui entraînait contre lui condamnation à opérer la restitution ; en outre, il se voyait déchu de son droit de propriété, ou, s'il n'était pas propriétaire, on l'obligeait de verser entre les mains du *dejectus* la valeur du bien litigieux.

Si on se reporte aux premiers temps de Rome, on trouvera que le *rogatus* devait être embarrassé pour solliciter l'intervention des pouvoirs publics. Le *precarium* n'engendrait aucune action civile. Et, en admettant que les premières concessions en précaire eurent pour objet des dépendances de l'*ager publicus*, le concédant ne pouvait même pas agir par la voie de la revendication puisque la qualité de propriétaire lui faisait défaut. A moins que l'obligation de rendre n'eût été consignée dans une stipulation, la loi n'en assurait point l'exécution.

Quand le fait de la possession fut protégé par le préteur, le *rogatus* put invoquer les interdits *retinenda possessionis* ; car, tout débat sur la possession qui s'élevait entre lui et le rogans, devait tourner à son avantage. En vain dira-t-on qu'il serait contraire à la nature d'interdits conservatoires de leur faire recouvrer une possession perdue. Dans ses rapports avec le concessionnaire, le concédant était traité comme s'il avait retenu la possession de la chose concédée. Ce qui le prouve, c'est que le précariste qui dispo-

sait de l'interdit *uti possidetis* contre les tiers ne pouvait en obtenir la reddition contre le *tradens* (L. 17, D., *de precario*). Dès lors, « ne serait-il pas bizarre, dit M. Machelard, que le *rogatus* pût impunément harceler le rogans dans sa position, et qu'il ne lui fût pas permis, faute d'une possession effective, de soulever un débat judiciaire tendant à régler le point de savoir à qui appartient la possession, véritable question agitée dans l'interdit *uti possidetis*, où le juge ayant à rechercher, ainsi que le dit Gaïus IV, 166, *uter nec vi, nec clam, nec precario possidet*, ne doit pas tenir compte d'une possession entachée de précarité vis-à-vis l'autre plaideur ». (Machelard, *des interdicts*, p. 278).

Mais les interdicts dont nous parlons n'étaient pas organisés de manière à sauvegarder pleinement les intérêts du *rogatus*. Divers motifs poussèrent le magistrat à formuler un interdit spécial, l'interdit *de precario*.

D'abord, le demandeur obtient gain de cause par cette nouvelle procédure sans avoir à établir qu'au moment de la concession il était investi de la qualité de possesseur *animo domini*. Nous aurons bientôt l'occasion de revenir sur ce point qui est vivement contesté.

En second lieu, les interdicts *retinendæ possessionis* ne constituaient un remède efficace qu'autant que le défendeur était resté en possession, puisqu'ils avaient

simplement pour but de défendre à l'une des parties de troubler la possession qui était reconnue à l'autre. Il fallait cependant prémunir le *rogatus* contre les abus de confiance ; il ne fallait pas laisser impuni le rogans qui avait aliéné la chose au profit d'un tiers ou l'avait détruite par dol. A ce point de vue l'interdit *de precario* offrait un avantage incontestable. Grâce à lui, on rendait le concessionnaire responsable de la perte ou de la détérioration qui était survenue par sa mauvaise foi ou par une négligence grossière.

Suivant certains romanistes, Puchta et de Vangerow, il y aurait eu une autre raison impérieuse de ne pas se contenter des interdits possessoires. Dans la pensée de ces deux auteurs, l'exercice de ces interdits devenait impossible à l'expiration de l'année qui suivait la perte de la possession (*intra annum quo primum experiendi potestas fuerit*), de telle sorte que dans la majorité des cas cette prescription était accomplie avant le jour de la révocation du précaire. C'est pour parer à cet inconvénient que l'on aurait revêtu l'interdit *de precario* d'un caractère de perpétuité. Mais M. Machelard n'expose cette doctrine que pour la combattre, quoiqu'il place, lui aussi, au jour même de la tradition précaire, le commencement du délai d'un an dont il s'agit. A son avis, « la limite d'une année dont il était question dans l'édit du préteur, à l'occasion de l'interdit *uti possidetis*, n'était

relative qu'à l'appréciation des dommages-intérêts dont la cause ne devait pas remonter à une date plus qu'annale » (*Des interdicts*, p. 280).

Il est certain que l'interdit *de precario*, qui était perpétuel dans la jurisprudence classique, tomba sous le coup de la prescription trentenaire instituée par Théodose. Seulement les commentateurs ne s'entendent pas sur les conditions de cette prescription. Faut-il fixer le point initial du délai de 30 ans à l'époque du refus de restitution? Faut-il, au contraire, le faire remonter au moment de la tradition précaire? Les interprètes qui voient dans l'interdit *de precario* un interdit possessoire tendant à vaincre une injustice dans la possession et qui, d'autre part, n'attribuent l'épithète d'*injusta* à la possession précaire qu'au moment de la résistance illicite du rogans à la demande en restitution, doivent logiquement conclure que la prescription ne court pas pendant la durée du *precarium*. Au contraire, ceux qui considèrent l'interdit *de precario* comme la sanction d'une obligation de rendre née du précaire, estiment qu'il faut compter le délai de 30 ans à partir de la tradition. Cette solution nous paraît la meilleure. Les expressions employées par Ulpien dans la loi 8, § 7, de notre titre, renferment un argument décisif en notre faveur : *interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit : eoque jure utimur ; cum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absur-*

dum est dicere, interdictum locum non habere post annum. Le jurisconsulte déclare qu'il serait absurde de limiter à une année la période de délivrance de l'interdit parce que la concession en précaire dure parfois très longtemps. Cependant, qu'y aurait-il d'absurde à cela si, comme le veulent nos adversaires, l'interdit se fondait sur l'abus de confiance du précariste et non sur la convention intervenue entre les parties? La victime d'une violence ou d'actes clandestins n'a qu'une année pour recourir à l'interdit *de vi* ou à l'interdit *de clandestina possessione*. Peut-être quelques esprits jugeront-ils que le délai est un peu court et qu'il serait équitable de le prolonger au-delà de cette mesure; mais personne, que nous sachions, n'a affirmé que cette brièveté constitue une absurdité. Bon gré mal gré, il faut admettre, pour se trouver en face de la conséquence absurde dont il est question dans le texte, que l'interdit *de precario* prend naissance le jour même de la tradition précaire. S'il en était autrement, pourquoi aurait-on fait au *rogatus* un sort préférable à celui du possesseur qui a subi une dépossession par voie de fait? Encore une fois, le raisonnement d'Ulpien suppose nécessairement que l'interdit est contemporain du précaire. Alors, tout s'explique: puisque le précaire dure habituellement plusieurs années, l'interdit *de precario* devait être perpétuel sous peine d'être inutile.

Le droit romain consacre une triple division des interdits, en interdits prohibitives, exhibitoires ou restitutoires. A ce point de vue, le caractère d'un interdit donné se révèle toujours dans la formule délivrée par le préteur : *veto, exhibeas aut restituas*,

En dehors de cette classification fondamentale, les interdits se répartissent encore en plusieurs catégories. Notamment, les uns sont possessoires, d'autres ne le sont pas.

Quant à l'interdit *de precario*, nous n'ignorons pas qu'il appartient à la classe des interdits restitutoires. *Hoc interdictum restitutorium est* (L. 2 § 1, *de precario*). Mais reste la question de savoir s'il doit prendre rang parmi les interdits *recuperandæ possessionis causa comparata* ou parmi les interdits simplement restitutoires.

Les deux thèses ont leurs partisans.

La première qui avait déjà pour elle l'autorité de Savigny et de Machelard a obtenu l'adhésion de M. Labbé. Aux yeux de notre éminent maître, la plus forte raison dans le sens d'une similitude de nature entre l'interdit *de precario* et l'interdit *de vi* réside dans la formule des vices de la possession. « La possession protégée par les interdits conservatoires de la possession acquise, est celle qui n'est exercée *nec vi, nec clam, nec precario*. Les interdits récupérateurs de la possession perdue sont dirigés contre la possession rendue injuste par un des trois vices

qui peuvent l'infecter. La violence, la clandestinité affectent certainement la possession. Elles la rendent imparfaite et viciée d'une façon relative, dans les rapports de certaines personnes entre elles. Ces vices font que celui qui a la possession ainsi altérée ne doit pas la conserver au détriment de celui que le vice regarde et blesse. Faire cesser une injustice dans l'état de fait, dans la possession, tel est le but des interdits *de vi* et de *clandestina possessione*. Il en doit être de même du vice de précarité et de l'interdit qui en dérive. Le rapprochement dans la formule tant de fois répétée *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario* le prouve. Comment aurait-on compris dans une même énumération des faits de nature diverse, dont les premiers affecteraient la possession et le dernier la personne du possesseur. — Sans doute, dans la possession précaire, la possession n'a pas, comme dans les deux autres hypothèses, une origine viciée. Elle a été obtenue et exercée longtemps peut-être de la façon la plus licite. Mais elle est devenue défectueuse, délictueuse au moment où le concessionnaire n'a pas cédé, a résisté à une demande de restitution. Elle a été concédée sous cette condition qu'elle ne durerait en son intégrité que jusqu'à un changement de volonté du concédant. Celui-ci réclame une restitution de la chose sans l'obtenir ; la possession concédée de juste, devient injuste, de licite, illicite. L'interdit

réprime une injustice en matière de possession. »

— Labbé sur Machelard. *Dissertations en droit romain et en droit français.*

Nous ne voulons pas méconnaître la force de cet argument. Nous sommes même tout disposé à convenir qu'il n'est pas suffisamment ébranlé par cette considération que l'interdit *de precario* échoue devant l'*exceptio dominii*. Que, suivant un principe général, la question de propriété ne puisse être soulevée dans une action possessoire ; que, par exemple, l'interdit *de vi* conserve toute son énergie contre l'auteur de la violence, même dans le cas où il serait avéré que celui-ci est propriétaire, c'est ce qui ne peut guère être contesté. Est-ce à dire pourtant que l'interdit *de precario* n'a pas même nature que l'interdit *de vi* ? Nous ne le pensons pas et voici pourquoi. Les Romains n'admettent pas qu'une personne détienne sa propre chose en qualité de possesseur précaire : *rei suæ precarium non est*. Dans la supposition qu'un individu, par ignorance de son droit, accepte *precario* la tradition de sa chose, le précaire ne se forme pas, l'acte est destitué de tout effet. « Il est logique et simple, conclut victorieusement M. Labbé, qu'en vertu de cette règle, l'interdit *de precario* échoue, avorte devant la preuve que le concessionnaire est propriétaire. De la part du défendeur faire cette preuve, ce n'est pas mêler une question de propriété à une question de

possession : c'est établir que la possession n'a pas au fond le caractère qu'elle a en apparence ; c'est établir que le *precarius* qui imprimerait à la résistance du défendeur les traits d'une injustice dans la possession retenue, n'existe pas ; c'est plaider sur la nature et les qualités de la possession litigieuse ».

Toutefois, nous sommes convaincu que l'interdit *de precario* ne repose pas sur la violation de la possession du demandeur.

Les raisons abondent pour combattre la théorie contraire.

Et d'abord, pourquoi de toutes les listes des interdits possessoires que nous rencontrons dans les textes aucune ne fait-elle mention de l'interdit *de precario* ? Lisez Gaius dans ses Commentaires (IV, nos 143 à 156), Justinien dans ses Institutes (*De interdictis* § 6) ; lisez les Pandectes (*De interdictis*, l. 2, § 3). Partout là, vous trouvez l'énumération des interdits possessoires. Nulle part, on ne parle de l'interdit *de precario*. Le nombre des interdits *recuperanda possessionis* n'est pourtant pas assez grand pour qu'on puisse supposer que tant d'auteurs en ont tous omis un.

D'un autre côté, l'interdit *de precario* ne présente pas les caractères distinctifs des interdits possessoires. En effet, puisque, d'après le témoignage d'Ulpien (L. 6, § 2, *de precario*), il peut être exercé même

quand le *rogatus* a retenu la possession juridique de la chose concédée, son but essentiel n'est pas de faire recouvrer la possession. M. Labbé essaie d'échapper à cette objection qui renverse son système. A son gré, l'injustice du refus de restituer est dans tous les cas la même. « Au moment où la restitution est requise,.... commence une possession pour soi, possession injustement retenue, possession viciée par le caractère illicite de l'action du précariste en révolte contre son bienfaiteur. Ne regardez pas le passé ; appréciez le présent et vous reconnaîtrez que l'interdit *de precario* mérite aussi bien dans un cas que dans l'autre, à la suite d'une concession précaire de la détention, d'être rangé parmi les interdits *recupelandæ possessionis causa comparata* ». — Mais nous répondrons que le détenteur précaire ne basera pas nécessairement son refus sur une prétention à la possession, sur une interversion de titre qui enlèverait au *rogatus* la qualité de possesseur jusque-là retenue. Parfois, tout en protestant contre la révocation, il avouera qu'il possède pour le compte d'autrui. Par exemple, sa résistance vient peut-être de ce qu'il s' imagine qu'il est recevable à opposer l'exception *pacti conventi*, dans le cas où l'acte de concession assigne à la libéralité une durée déterminée. Peut-être, aussi, la contestation porte-t-elle sur une question de responsabilité par suite de dol ou de négligence grossière. Dans ces hypothèses, l'interdit qui

va être délivré contre le rogans apparaîtrait comme un effet sans cause si ce genre d'interdit était basé sur une atteinte à la possession du demandeur. Du reste, dans cet ordre d'idées, la loi 18, *de precario*, nous fournit un argument de plus : *unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat*. Ce fragment de Julien nous permet de croire qu'un débiteur peut consentir un précaire à son créancier gagiste afin que celui-ci se serve du gage et s'en approprie les fruits. Si, avant le paiement de la dette, il plaît au concédant de révoquer sa libéralité, le prêteur lui donnera l'interdit *de precario* contre le concessionnaire récalcitrant. Eh bien, dans ce cas encore, l'interdit ne tendra pas à faire revenir au demandeur le droit de possession qu'il a aliéné par le contrat de gage, mais seulement à défendre au rogans de profiter désormais de l'usage et des fruits de la chose litigieuse.

Nous ajouterons que la formule de l'interdit confirme la justesse de nos appréciations : *Quod precario ab illo habes... id illi restituas*. L'obligation de restituer dépend de l'*habere precario*, c'est-à-dire du simple fait d'avoir reçu une chose à titre précaire.

Du reste, nous remarquerons que l'interdit *de precario* est refusé au *rogatus* qui a eu le soin de stipuler la restitution de la chose dont il a abandonné la jouissance. *Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit*.

(L. 15, § 3, *de precario*). Voilà encore une décision qui contrarie la théorie que nous combattons. Si l'interdit *de precario* fait ainsi double emploi avec une action personnelle en restitution, c'est qu'il a même nature qu'elle. En vain nous objecte-t-on qu'à l'origine le précaire ne pouvait donner naissance à une obligation de rendre puisque c'était un simple fait incapable comme tel d'établir entre les parties un rapport de droit. A la vérité, la convention des parties n'engendrait pas une obligation civile, mais elle comportait un engagement que l'équité commandait de remplir, et rien de plus n'était nécessaire pour amener l'intervention du prêteur.

Enfin, nous rappellerons que la doctrine de M. Labbé est inconciliable avec la loi 8, § 7, *de precario*, telle que nous l'avons interprétée.

La conclusion à laquelle nous nous arrêtons est celle-ci : l'interdit *de precario* a pour but d'assurer l'exécution de l'obligation de restituer qui dérive de la tradition précaire ; il commence à se prescrire dès l'entrée en jouissance du concessionnaire.

A quoi servira-t-il au rogans d'invoquer la prescription trentenaire ?

Suivant M. Machelard, il n'échappera par ce moyen qu'à la responsabilité de son dol ou de ses fautes lourdes. Si la chose est restée entre ses mains, il devra quand même la restituer, parce qu'à défaut d'une contradiction formelle opposée au

droit du *rogatus*, sa possession, si longtemps qu'elle ait duré, porte toujours avec elle le vice de précarité.

Cette solution est en harmonie avec le système qui veut que l'interdit de *precario* soulève un débat sur la possession. Quant à nous qui partons d'un principe différent, nous affirmons que lorsque l'obligation de rendre est éteinte par la prescription, l'interdit de *precario* croule par la base et disparaît tout d'une pièce.

On nous reprochera de faire du délai de 30 ans le maximum de durée d'une libéralité qui, dans l'intention des parties, devait subsister jusqu'à une révocation expresse. Mais le remède est bien simple. Tout danger disparaît si le *rogatus* a le soin de renouveler l'acte de concession un peu avant l'expiration de la période de temps fixée pour la prescription. En tout cas, le concédant pourra prendre la voie de la *rei vindicatio* s'il est propriétaire. Certains auteurs lui donneront même l'interdit *uti possidetis* s'il est possesseur. On se souvient que M. Machelard enseigne que le délai d'un an mentionné dans la formule de cet interdit n'a trait qu'à l'appréciation des dommages-intérêts.

Voyons maintenant quelles sont les condamnations possibles sur l'interdit de *precario*.

Le rogans recevra l'ordre de restituer la chose principale accompagnée de ses produits extraordi-

naires et de réparer les dommages qui proviennent de son dol ou de ses fautes assez grossières pour être assimilées au dol. Voilà la mesure de sa responsabilité s'il obéit immédiatement à l'ordre du préteur.

Pendant la période qui va de l'émission de l'interdit à la reddition du jugement, les fruits suivent le sort du principal et les risques se déplacent. La responsabilité du concessionnaire augmente à un tel point qu'elle s'étend à toute faute, si légère qu'elle puisse être, et même à toute cause qui n'eût pas également détérioré ou fait périr la chose chez le concédant. *Plane post interdictum editum oportebit, et dolum, et culpam, et omnem causam venire: nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere.* (L. 8, § 6, *de precario*).

Si on nous demande actuellement de faire ressortir l'avantage que l'action *præscriptis verbis* offre sur l'interdit *de precario*, à l'époque où le *precarium* fut élevé au rang des contrats, nous dirons que dans certains cas la condamnation pouvait varier suivant l'un ou l'autre moyen. Par le premier moyen, la mise en demeure, au lieu d'être retardée jusqu'au jour du renvoi des parties devant le juge, est fixée au moment de la signification faite au précairiste de restituer la chose concédée. Or, si, dans l'intervalle de la révocation du précaire à la *litis contestatio*, la chose a produit des fruits d'une valeur appréciable

ou si elle a subi soit une perte soit une dépréciation autrement que par le dol ou par une faute lourde du rogans, l'action *præscriptis verbis* sera plus avantageuse ou seule possible.

Un autre intérêt non moins important s'attachait peut-être à la préférence de l'action *præscriptis verbis* sur l'interdit *de præcario*.

C'est un fait digne de remarque que la victime d'un délit ne disposait pas à Rome d'une action spéciale en dommages-intérêts. On lui délivrait une action pénale qui lui fournissait tout à la fois la réparation du préjudice éprouvé et une satisfaction pour la faute commise, sorte de rançon de la vengeance privée qu'au début de la société romaine l'individu lésé avait coutume de se procurer par la force. La *pæna* renfermait deux éléments, l'indemnité et le châtiment, confondus l'un dans l'autre d'une façon inséparable. Cette confusion tournait tantôt à l'avantage du demandeur, tantôt à son désavantage. Ainsi, lorsqu'un délit de la loi Aquilia avait été commis par plusieurs personnes, la condamnation prononcée contre l'une d'elles était répétée contre les autres. On multipliait cette condamnation par le nombre des délinquants. Ce n'était pas seulement la peine proprement dite qui était multipliée de la sorte, mais encore la réparation même du dommage. Comme les deux éléments se confondaient et que d'un autre côté on voulait punir chaque coupable, on donnait

l'action contre chacun pour le tout. (L. 11, § 2, *ad legem Aquiliam*, lib. IX, tit. 2). Mais si tous les coupables devaient être punis, eux seuls devaient l'être. De là une nouvelle conséquence de l'alliance indissoluble de l'indemnité et du châtement : les actions pénales s'éteignaient par la mort du délinquant ou du moins elles ne s'exerçaient contre les héritiers que dans la mesure où ils avaient profité du délit. A cet égard, il n'y avait pas à distinguer entre les actions pénales *a parte rei tantum*, comme l'action de dol, qui tout en appauvrissant l'auteur du délit ne faisaient qu'indemniser la victime, des actions mixtes, comme l'action *legis Aquiliæ*, qui avaient pour double but d'appauvrir l'une des parties et d'enrichir l'autre. Néanmoins, et c'est surtout ce qu'il nous faut retenir, l'action de dol offrait une particularité. Elle n'était considérée comme pénale que lorsqu'elle dérivait d'un délit. Dans le cas où le dol se rattachait à un contrat de bonne foi, la victime en demandait la réparation par l'action du contrat qui, selon la règle des actions contractuelles, se transmettait contre les héritiers du coupable.

En suivant ces principes généraux du droit romain, on arrive à décider que dans l'action *præscriptis verbis*, action de bonne foi, les héritiers du précariste avaient à répondre pour le tout du dol de leur auteur. Malheureusement cette conclusion n'est pas marquée dans les textes. On l'a contestée

en alléguant qu'Ulpien, un des grands champions de la théorie des contrats innommés, subordonne encore la poursuite contre les héritiers à la condition d'un enrichissement (L. 8, § 8, *de precario*). Mais on observe que probablement le jurisconsulte se place dans l'hypothèse où le *rogatus* recourt à l'interdit *de precario*.

Quoi qu'il en soit sur ce point, il faut tenir pour incontestable que l'application de l'action *præscriptis verbis* ne modifia dans aucune proportion le degré d'indulgence dont on usait pour mesurer la responsabilité du rogans. En effet, dans l'énumération des contrats où le débiteur répond seulement de son dol, Ulpien place le précaire à côté du dépôt (L. 23, Dig. lib. L, tit. 17).

CHAPITRE VI

DES MODES D'APPLICATION DU PRÉCAIRE.

Le précaire est une institution bizarre. On s'étonne de la générosité du *rogatus* qui abandonne la jouissance de son bien sans stipuler en retour la plus petite redevance. On s'étonne aussi du pouvoir de révocation qu'aucune clause ne peut tenir en échec. En outre, on ne voit pas bien pourquoi le concédant manque de toute action civile contre le concessionnaire, ni pourquoi la responsabilité de celui-ci est limitée au dol. Quels sont donc les motifs qui poussèrent les Romains à donner à la concession en précaire des caractères si étranges ? C'est là un problème historique qui, en l'absence de textes précis, n'a pas encore reçu une solution complètement probante, malgré la diversité des systèmes auxquels il a donné naissance. Sans indiquer toutes les doctrines, nous rapporterons celle qui a trouvé le plus grand crédit chez les historiens et qui nous paraît d'ailleurs renfermer la plus forte part de vraisemblance. Inventée par Niebuhr,

elle a été développée par Savigny, dans son traité de la possession.

A Rome, la propriété foncière venait de la conquête. Son symbole était la pique du soldat avec laquelle les plaideurs qui se disputaient un bien simulaient un combat devant le tribunal des centumvirs. Pour les Romains il n'existait pas de propriété plus légitime que celle dont ils avaient dépouillé l'ennemi. Aussi ne se faisaient-ils pas faute de prendre aux peuples vaincus les biens en même temps que la liberté. Des terres comprises dans le butin, les vainqueurs firent deux parts. L'une (*ager privatus*) fut l'objet d'appropriations privées qui constituèrent pour les particuliers le *dominium* dans toute la force légale du terme. L'autre (*ager publicus*) forma un domaine public sur lequel l'État, tout en abandonnant la jouissance, retint un droit éminent, inaliénable et imprescriptible. On mit la partie inculte de l'*ager publicus*, et c'était la plus considérable, à la disposition des citoyens qui voulurent la défricher, moyennant une redevance périodique (*vectigal*). Ces terres reçurent un nom spécial, celui de *possessions*. Bientôt l'édit du préteur renferma les prescriptions nécessaires pour en garantir la transmission par vente, par donation ou par héritage. Mais les *possessions* ne tardèrent pas à être accaparées par les patriciens qui enlevèrent de gré ou de force

aux petits possesseurs leurs modiques héritages ou firent porter le *vectigal* à un taux inaccessible aux petites fortunes. La concentration du patrimoine public dans les mains de l'aristocratie s'accrut à un tel point que dans les derniers temps de la République il n'y avait pas à Rome deux mille *possessores*. (Cicéron, *de off.*, II, 21. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, liv. II ; Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, liv. II, ch. 2, section 4.) Cependant, ces riches patriciens ne faisaient pas cultiver par leurs esclaves tous leurs immenses domaines qu'on appelait *latifundia*. Ils concédaient à leurs clients la jouissance de certaines parcelles de terres. *Patres senatores ideo appellati sunt quia agrorum partes attribuebant tenuioribus perinde ac liberis propriis. Festus, v° Patres*. Or, la conjecture de Niebuhr consiste précisément à rattacher à ces concessions l'origine du précaire. Il est vraisemblable, en effet, qu'elles présentaient les caractères distinctifs de notre institution. Supposer qu'elles ont été gratuites, ce n'est pas faire aux concédants l'honneur d'une trop grande générosité. On sait que les citoyens pauvres protestaient avec violence contre les usurpations dont ils étaient les victimes. Leurs plaintes se sont traduites en rogations agraires par lesquelles l'État recevait des tribuns la sommation d'exercer son droit de reprise, afin de procéder à un nouveau partage du territoire

public. En lui-même, ce droit de reprise était indiscutable. Les grands ne pouvaient que nier l'opportunité ou l'équité de son application (Cicéron, *de leg. agrar.*, §§ 24 et 31). Dès lors, n'avaient-ils pas intérêt à placer le plus grand nombre possible de citoyens dans une situation telle que ceux-ci eussent à redouter une nouvelle répartition ? Et si on songe maintenant qu'il s'établissait entre le maître et le tenancier un rapport de vassalité, une sorte de lien de famille analogue à celui qui existe entre le père et l'enfant, il devient presque certain que les concessions dont il s'agit étaient révocables à volonté comme le pécule. « Toutes les énigmes se résolvent, dit Savigny, lorsqu'on adopte l'origine du *precarium* telle qu'elle a été exposée plus haut (§ 12, a). C'était primitivement un rapport de dépendance étroite, un rapport de féodalité, si l'on peut dire ainsi, entre le patron et son client, à cause de la jouissance que celui-ci avait reçue du premier d'une portion de l'*ager publicus*. De pareils biens se donnaient sous la clause d'une révocation à volonté et l'interdit *de precario* s'employait contre le client qui ne voulait pas restituer. Or, comme il existait entre le patron et ses clients une sorte de rapport de famille, semblable à celui qui liait le père à ses enfants, on n'admettait pas une *obligatio* proprement dite, un contrat, quoiqu'on en aurait certainement adopté l'existence s'il se fût agi de régler un pareil cas entre

personnes étrangères. Que ce rapport ne convienne pas à l'héritier, qu'il ne reçoive pas l'application des principes ordinaires en matière de contrat, qu'il n'ait lieu que pour les immeubles, tout cela ne rencontre plus aucune difficulté. (De Savigny, *De la possession*, n° 42).

On a objecté, il est vrai, qu'il faudrait démontrer qu'à l'origine le précaire eut seulement des immeubles pour objet. Mais le soin qu'Ulpien a pris de nous avertir qu'il était usité même pour les meubles, ne permet-il pas de croire qu'une telle application n'avait pas toujours été possible? (L. 4., pr. de *precario*). Cette induction est corroborée par une définition d'Isidore de Séville: « *Precairum est dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere* » Orig., (V., 25.)

Comme cela est arrivé à plusieurs institutions romaines, le *precairum* a survécu aux causes qui l'avaient fait naître. Limité d'abord à la possession de l'*ager publicus*, il s'est étendu aux meubles, et même à certains droits incorporels. A l'époque classique, il semble qu'il ait été surtout consenti pour perfectionner les rapports du créancier gagiste et de son débiteur, du vendeur et de son acheteur, du propriétaire et de son fermier, ou encore pour favoriser entre propriétaires les rapports de bon voisinage.

Nous aurons terminé notre thèse lorsque nous

aurons indiqué le rôle qui a été joué par le *precarium* dans chacun de ces nouveaux modes d'emploi.

SECTION I. — *Gage*.

Les Romains ont connu successivement plusieurs genres d'organisation du crédit réel.

A l'origine, pour fournir une garantie réelle, le débiteur n'avait d'autre moyen que celui d'une aliénation fiduciaire. C'était un acte solennel de translation de la propriété d'un bien par *mancipatio* ou par *cessio in jure*, acte dans lequel le créancier prenait l'engagement de retransférer la chose aussitôt après le paiement de la dette. On voit que cette opération offrait une certaine analogie avec la vente à réméré que l'usurier se fait consentir chez nous pour échapper aux peines de l'usure. Un des graves inconvénients de cette vieille méthode consistait à priver le débiteur de l'usage de sa chose et à causer en même temps au créancier les embarras et la responsabilité qu'entraîne la garde d'une chose qui est soumise à restitution. Dans la pratique, on obviait à cela en laissant le gage au pouvoir du débiteur, à titre précaire ou en vertu d'un bail consenti moyennant un prix fictif, *nummo uno* (Gaius, Comm., II, n° 60.)

On chercherait en vain dans le recueil de Justinien

la trace de l'aliénation fiduciaire qui peu à peu était tombée en désuétude. C'est que le prêteur avait imaginé deux autres sûretés réelles moins dangereuses pour le débiteur. Nous parlons du gage et de l'hypothèque.

Dans le contrat de gage, le débiteur, loin d'abandonner tous ses droits sur la chose, ne cédait que la possession et encore il ne s'en dépouillait pas d'une façon absolue. Les avantages de la possession se divisaient entre les parties : L'une possédait *ad usucapionem*, s'il y avait lieu ; l'autre disposait des interdits possessoires. (L. 36, D., XLI, 2 — L. 16, D., XLI, 3). — Ce second procédé offrait sur le premier un avantage manifeste. Le débiteur conservant sa qualité de propriétaire n'avait plus à craindre que le créancier ne transmitt le bien à un tiers, avant l'échéance de la dette ou malgré le paiement. Restaient les inconvénients que nous avons signalés à propos de l'ancienne méthode. Mais contre eux le remède était toujours le même. On le demandait à une clause de bail fictif ou à un pacte de précaire. Ulpien nous fait savoir que ce dernier expédient ne laissa pas de soulever des objections. Pouvait-on admettre que le débiteur, resté propriétaire, reçut sa propre chose à titre précaire ? On était porté à répondre négativement en suivant la règle bien connue : *precarium rei suæ non est*. Toutefois on passa outre. En réalité le *precarium* portait sur un droit qui n'appartenait plus au préca-

riste, c'est-à-dire sur le droit de possession dont il venait de se dépouiller par la concession du *pignus*. *Quæsitum est: si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit: an hoc interdictum locum habeat; quæstio in eo est, ut precarium consistere rei suæ possit? Mihi videtur verius, precarium consistere in pignore: cum possessionis rogetur, non proprietatis.* Le jurisconsulte ajoute que cette solution est très utile, car le précaire intervient chaque jour entre créanciers et débiteurs: *et est hæc sententia etiam utilissima: quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt: et debet consistere precarium* (L. 6 § 4, *de precario*).

Les auteurs modernes enseignent généralement que le débiteur ne reprenait par le précaire que la simple détention, sans recouvrer la *possessio ad interdicta*. Cette doctrine s'appuie sur la loi 33, § 6, *de usurp. et usuc.*, où Julien s'exprime ainsi : *Sed (et) si utrumque intercesserit, et precarii rogatio et conductio: intelligitur creditor possidere; et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat.* Molitor ajoute que « si l'on se reporte à l'époque où le créancier gagiste n'avait d'autre droit que le droit de possession, et que l'on suppose qu'en faisant une concession précaire à son débiteur il lui ait transféré les interdits, l'on trouvera dans cette concession quelque chose de contradictoire, car d'un côté par la concession le créancier

manifesterait, puisqu'elle est faite *precario*, l'intention de vouloir conserver son droit, et de l'autre côté il s'en serait dépouillé, puisqu'il aurait transféré la possession *ad interdicta*. Il y a là quelque chose d'inadmissible. Le créancier a-t-il voulu se dépouiller de son droit de possession, ou l'a-t-il voulu conserver ? Dans le doute, ce n'est pas la renonciation qui se présume ; donc l'on doit supposer que le créancier qui fait une concession de précaire à son débiteur, conserve la possession *ad interdicta* ». (Molitor, de la possession, n° 22).

Il nous semble plus sûr de nous en tenir aux effets habituels du *precarium*. S'il n'avait pas transmis la possession, nous trouverions au titre de *precario* la mention et les motifs d'une exception dont l'application aurait été si fréquente. Or, nous ne voyons aucun texte qui nous fournisse ces renseignements. Bien au contraire, Ulpien donne motif de croire que la possession est déplacée, lorsqu'il explique que le *precarium* porte sur la possession et non sur la propriété... *Cum possessionis rogetur, non proprietatis*. (L. 6, § 4, de *precario*).

Quant à l'argument que nos adversaires ont tiré du fragment de Julien, nous ne lui reconnaissons aucune force parce qu'il s'agit d'une combinaison du louage et du précaire, combinaison dont les effets sont restés énigmatiques.

Enfin, est-il exact de dire, ainsi que l'a fait Molitor,

que dans le cas où le créancier rétrocéderait la possession elle-même, sa sûreté réelle disparaîtrait tout entière? Evidemment non, puisqu'en sa qualité de *rogatus* il reste armé de l'interdit *de precario* qui lui permettra, une fois l'échéance de la dette arrivée, de reprendre la chose pour exercer sur elle les droits que confère le *pignus*.

En tout cas, possesseur ou simple détenteur, le débiteur qui avait obtenu une concession en précaire pouvait invoquer l'usucapion, malgré le vice de précarité de sa possession. Julien remarque qu'il serait absurde de lui accorder moins de droits qu'au débiteur dont la chose se trouve entre les mains du créancier (L. 36, D., XLI, 2).

Grâce à l'habitude de joindre un *precarium* au contrat de gage, le *pignus* naissait sans déplacement de la chose. On feignait seulement une double tradition du débiteur au créancier et du créancier au débiteur. Dès lors, le jour où le prêteur déclara qu'une chose pourrait être affectée à la garantie d'une dette par la seule convention des parties, il ne fit que mettre la théorie en harmonie avec la pratique. Cela revient à dire que le précaire a contribué à la création de l'hypothèque.

SECTION II. — *Vente*

Dans les ventes à crédit, la loi présumant que le vendeur considère la solvabilité de l'acheteur comme une garantie suffisante pour le paiement du prix, la tradition opère translation de la propriété, à moins qu'elle ne soit accompagnée d'une réserve expresse. Inst. de Justinien, lib. II, tit. 1, § 41.

On s' imagine sans peine que le vendeur fera souvent cette réserve. Le danger qu'il court est d'autant plus grand qu'une fois la qualité de propriétaire perdue, il descendrait au rang d'un simple créancier, sans droit de suite ni droit de préférence.

Remarquons qu'il ne lui est pas permis d'ajouter au contrat de vente ou à l'acte de tradition un pacte par lequel la propriété, une fois transmise, serait frappée entre les mains de l'acquéreur d'une condition résolutoire. Ce serait entacher la vente d'une nullité radicale. (Fragm. Vat., n° 283). Il peut, sans doute, se réserver la faculté de faire annuler la vente si le prix n'est pas payé dans le délai convenu. Mais, suivant une opinion qui domine encore à l'époque classique, une telle clause ne produit pas *ipso jure* un retour de la propriété par l'effet de la condition ; c'est tout au plus si elle donne la ressource d'exiger une rétrocession par une simple action personnelle,

rétrocession qui n'empêche pas le concours des autres créanciers ni le maintien des droits réels nés du chef de l'acheteur.

Le vendeur est tenu, s'il veut sauvegarder ses intérêts, de faire du paiement une condition qui suspende la translation du droit de propriété. Or, le moyen qu'il emploie généralement pour cela consiste à déclarer au moment de la vente ou au moment de la tradition, que, jusqu'au paiement du prix, l'acheteur ne possédera la chose que comme possesseur précaire. *Qui ea lege prædium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur: si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.* (L. 3, C., lib. IV, tit. 54 — L. 20, D., de precario — L. 13, § 21, D., lib. XIX, tit. 1.

Mais pourquoi les parties préfèrent-elles un pacte de précaire à une réserve pure et simple de la propriété, c'est-à-dire à un pacte *reservati dominii*?

Sur un premier point, la réponse est facile : En cas de non-paiement, le vendeur ne sera pas réduit à diriger contre l'acheteur une action en revendication ou une action publicienne dont le succès dépendrait de la preuve parfois difficile d'un titre régulier d'acquisition ; il recouvrera sa chose sous la seule condition d'établir que la tradition a été faite à titre précaire.

Sous un autre aspect, notre question soulève une

difficulté qui provient de ce que l'on ne sait pas au justê si le pacte *reservati dominii* affecte ou non le transport de la possession en même temps que le transport de la propriété.

Selon M. Machelard, ce pacte subordonne au paiement du prix tous les effets de la tradition. En conséquence, la préférence donnée au *precarium* aurait pour but de permettre à l'acheteur d'exercer contre les tiers les interdits possessoires dont il serait privé sans cela jusqu'à la satisfaction de la dette. « La tradition étant conditionnelle, la possession elle même (car la tradition n'est que la remise de la possession) reste en suspens au regard de l'acheteur, qui ne l'a que *sub conditione* ; d'où il suit que jusqu'à l'accomplissement de la condition, la possession en réalité continue à résider en la personne du vendeur. C'est donc à lui que devaient régulièrement appartenir les interdits, s'il y avait de la part de tiers trouble apporté à la jouissance de l'acheteur, ou si ce dernier avait subi une *dejectio*. On conçoit que le vendeur cherchât à s'arranger de manière à n'avoir pas besoin d'intervenir dans ces débats, et que de son côté l'acheteur eût à cœur de pouvoir défendre par lui-même la position de fait que lui avait donnée la tradition. Un *precarium* fournissait le moyen de satisfaire à ces exigences de la situation respective des parties ». (*Des interdits*, p. 266.)

M. Machelard s'avance beaucoup, ce nous semble,

en affirmant que dans notre espèce la tradition est conditionnelle. Ce que les textes déclarent conditionnel, c'est seulement son effet translatif de la propriété. Faut-il nécessairement déduire de là que son effet translatif de la possession est également tenu en suspens? Nous ne le croyons pas, Ces deux effets sont indépendants l'un de l'autre. Le gage et le précaire lui-même nous fournissent des exemples où le propriétaire se dépouille de la possession *ad interdicta* sans renoncer à la propriété. Dans l'hypothèse d'une vente au comptant où le pacte *reservati domini* est sous-entendu, comme on le sait, le texte des institutes de Justinien laisse bien supposer que la remise de la chose à l'acheteur constitue une véritable tradition, autrement dit, un véritable transfert de la possession, et non le transfert d'une simple détention. *Venditæ vero rei et traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit.* (Lib. II, tit. 1, § 41.) Si notre interprétation était inexacte, certains jurisconsultes n'auraient pas proposé de délivrer à l'acheteur l'action publicienne avant le paiement du prix. *De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest conjectura capi, quasi nec sententia prætoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium* (L. 8, D., lib. VI, tit. 2.) Les jurisconsultes dont Gaïus rapporte ici l'opinion ont dû faire le raisonnement suivant, dit M. Pellat: « Le paiement du prix n'étant exigé que pour la transla-

tion de la propriété et cette translation n'étant pas possible quand le vendeur n'est point lui-même propriétaire, le prêteur peut négliger cette circonstance d'autant plus qu'elle n'a aucune influence sur le transport de la possession ». Il est évident que ce raisonnement était faux puisque l'on exige du demandeur dans l'action publicienne, outre la qualité de possesseur, la croyance d'être devenu propriétaire ; mais il montre bien qu'en droit romain l'acheteur acquiert la possession dès que la tradition est opérée (Bufnoir, *Traité de la condition en droit romain*, p. 391 et suiv. Pellat, *De la propriété et de l'usufruit*, p. 275 et suiv.) ; — Cela étant, la préférence attribuée au précaire sur le pacte *reservati dominii* produit plutôt une restriction des droits de l'acheteur qu'une extension comme le voudrait M. Machelard : dans le cas d'un précaire, l'*accipiens* dispose des interdits possessoires contre les tiers, mais il est désarmé contre son auteur ; dans l'autre cas, il est à même de faire respecter sa possession par tout le monde, sans exception.

Dans notre ancienne jurisprudence française, la clause de précaire se retrouve dans les formules des contrats de vente, mais ses effets ont été modifiés. Au lieu de conserver au vendeur la qualité de propriétaire, elle lui donne celle de créancier privilégié. Après nous avoir indiqué que dans le ressort du parlement de Toulouse le *precarium* est sous-entendu dans tout

acte de vente, d'Espeisses nous avertit que ce pacte « n'empêche pas la translation de la propriété et n'opère autre chose qu'une hypothèque spéciale et privilégiée en vertu de laquelle le vendeur a le droit de faire vendre la chose sur laquelle il a ledit précaire, séparément des autres biens de son débiteur, pour des deniers qui proviendront de cette vente judiciaire, être payé ce qui lui est dû par préférence à tous créanciers ». (Tome I, tit. I, section 6, p. 87). Précaire est devenu synonyme d'hypothèque privilégiée. C'est en ce sens qu'à Toulouse on dit encore un placement à précaire pour désigner un placement par subrogation à un privilège de vendeur. Au fond, la situation est restée à peu près ce qu'elle était en droit romain. Néanmoins nous signalerons une différence : en droit français, l'acheteur est à l'abri de tout recours au bout de 30 ans lorsque l'obligation de payer le prix est éteinte par la prescription libératoire, tandis que dans le système du droit romain il était perpétuellement soumis, ainsi que ses héritiers à une action en revendication. La distinction a été constatée par un arrêt du parlement de Toulouse rendu le 6 mai 1664, sur le rapport du conseiller Jean de Catellan (De Catellan, liv. VII, ch. 5 ; Voir Gabriel Demante, *Études critiques sur les origines romaines du droit français*. — *Revue critique*, tome IV, année 1854).

Nous terminerons nos observations relatives au

gage et à la vente, en notant qu'à côté de ces deux contrats le *precarium* perdait en fait ses caractères distinctifs. Inutile de dire qu'il n'était plus désintéressé. En outre, il cessait d'être révocable à volonté ; car, avant l'arrivée du terme fixé pour le paiement, le débiteur et l'acheteur pouvaient paralyser l'interdit *de precario* par l'action *pigneratitia* et par l'action *empti* (L. 20, *de precario*).

SECTION III. — Louage.

Comme le gage et la vente, le contrat de louage renferme parfois une clause de précaire. Nous avons à ce sujet le témoignage d'Ulpien : *Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem prædium, autem precario rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset? Est autem longe diversum; aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse.* (L. 10, § 1, *Dig.*, lib. XLI, tit. 2). Malheureusement nous manquons de documents qui nous éclairent sur la portée que cette combinaison a pu avoir. Nous voyons bien que l'adjonction du précaire au bail ne modifie pas la situation du preneur en ce qui concerne la possession : celui-ci reste quand même un simple détenteur, incapable d'exercer les interdicts possessoires. Mais précisément cette solution d'Ulpien laisse toute entière la question de

savoir pourquoi les Romains ne s'en tiennent pas à une location pure et simple. Le *precarium* change-t-il le degré de responsabilité du concessionnaire ? Assure-t-il au concédant la faculté de revenir à volonté sur la concession ? Dans le silence des textes, toute réponse ne peut être que conjecturale.

M. Gabriel Demante a présenté une solution ingénieuse du problème. L'efficacité du précaire ne se manifesterait qu'à l'expiration du bail pour permettre au preneur de prolonger sa jouissance jusqu'au jour d'une révocation expresse. « Pour la tacite reconduction, on présume qu'un nouveau consentement est donné et renouvelé à chacune des années qui suivent l'expiration du bail. Au contraire, les rapports nés de la *precarii rogatio* subsistent indéfiniment entre les parties, jusqu'à révocation formelle et ne sont même pas étrangers à leurs héritiers. Le preneur qui reçoit cette concession de la pure bienveillance du bailleur y puise l'espérance de la prolongation illimitée de sa tenure. On comprend que, dans une location à court terme, de cinq ans par exemple, puisque c'était un délai usuel, une telle assurance ne fût sans quelque valeur pour le preneur à bail. Vraisemblablement, la convention dont il s'agit intervenait le plus souvent dans la location des fonds ruraux. L'humble colon qui, au temps d'Ulpien, n'était pas encore serf de la glèbe, obtenait ainsi, à défaut

d'une garantie légale pour la durée de sa jouissance, une garantie morale résultant des sentiments de bienveillance essentiels à la convention de précaire ». Le savant auteur ajoute que ces concessions faites à titre de louage et de précaire tout à la fois ont dû prendre un grand développement puisqu'un siècle après Ulpien, les empereurs Valentinien et Valens attribuent le nom de possesseurs précaires à tous ceux qui, à l'instar des locataires, possèdent pour autrui (L. 2, C., lib. VII, tit. 39). Ce sont elles qui, à l'époque franque, auraient formé les *precariae*. — (Gabriel Demante, des précaires ecclésiastiques dans leur rapport avec les sources du Droit romain, *Revue historique du Droit français et étranger*, tome 6, année 1860).

Quant à nous, nous écartons tout système qui n'admet pas pour point de départ l'action simultanée du louage et du précaire. Notre exigence provient de cette considération que, suivant Julien, la combinaison dont il s'agit, a été mise en œuvre dans les rapports d'un créancier gagiste et d'un débiteur. (L. 33, § 6, *Dig.*, XLI, 3). Dans cette hypothèse le précaire ne saurait succéder au louage puisque, lui aussi, il prend fin au moment et par l'effet du paiement de la dette (L. 11, *de precario*). Il est donc de toute nécessité de croire à une application simultanée de ces deux contrats. Mais quelles sont les dérogations qui ont été apportées à chacun d'eux pour

opérer la fusion? Nous avouons que nous n'avons pas de réponse à donner.

SECTION IV. — *Servitudes prédiales.*

Au temps d'Ulpien la patience du propriétaire à souffrir des actes exercés à titre de servitude introduit la protection du préteur. *Patientia servitutum introducet officium prætoris* (L. 1, § 2, *Dig.*, lib. VIII, tit. 3).

On admet, en effet, en matière de servitudes, une quasi-*possessio* qui est protégée par des interdicts quasi-possessoires (L. 20, *Dig.*, lib. VIII, tit. 1). Prenons la servitude de passage. Si je l'ai exercée sur votre fonds au moins pendant 30 jours de l'année, l'édit me procurera l'interdit *de itinere actuque privato* (L. 1, *Dig.*, lib. XLIII, tit. 19).

L'innovation du préteur va même plus loin. Lorsque la tolérance s'est prolongée *per longum tempus*, elle équivaut à un mode civil de constitution de la servitude et elle engendre en faveur du possesseur une action confessoire utile, sans que celui-ci ait à faire preuve d'une *justa causa*. (L. 10, pr. *Dig.*, lib. VIII, tit. 5).

Voilà des décisions qui vont mettre le propriétaire d'un immeuble dans un cruel embarras. Ouvre-t-il ses barrières à ses voisins? Il s'expose

à grever son fonds d'une charge réelle. Les ferme-t-il? Il altère ses relations de bon voisinage.

Eh bien, c'est encore au *precarium* que les Romains empruntent le moyen d'échapper à cette alternative fâcheuse. Quand je vous aurai remis un écrit portant que j'entends agir à titre précaire et non pour user d'un droit, vous pourrez sans crainte m'autoriser à passer sur votre héritage. A toute date, nous resterons obligés, moi et mes successeurs universels, d'obtempérer à votre première réquisition. L'interdit *de itinere actuque privato* dirigé contre vous et l'action confessoire seraient énervés par l'exception de précarité. Suivant la formule des interdits quasi-possessoires, le prêteur ne maintient une *juris possessio* qu'autant qu'elle a été acquise *nec vi, nec clam, nec precario*. Le danger n'apparaîtrait pour vous que le jour où mon fonds passerait dans un autre patrimoine, à titre particulier.

Mais nous ne connaissons pas encore toute l'utilité que le *precarium* procure dans les relations entre propriétaires d'immeubles voisins. Supposons que votre domaine jouisse d'une servitude. Dans le cas où le maître du fonds servant vous demanderait, pour un motif ou pour un autre, de suspendre pendant quelque temps l'exercice de votre droit, vous devrez avoir soin de faire constater que votre abstention provient d'une *rogatio precaria*. Autrement, vous vous exposeriez à ce que l'on sou-

tint plus tard que votre prescription est éteinte par le non-usage ou par l'*usucapio libertatis*. (L. 17, *Dig.*, lib. VIII, tit. 4).

Comment le *rogatus* brisera-t-il la résistance illícite du rogans ? Pourra-t-il recourir à l'interdit *de precario* ou devra-t-il prendre la voie de l'interdit *uti possidetis* ?

De Savigny estime que d'après sa formule (*restituas*), l'interdit *de precario* suppose nécessairement une demande de restitution d'une chose donnée, ce qui n'est pas le cas ici.

Pourtant une considération bien simple nous engage à affirmer que la solution contraire est exacte. Si l'auteur allemand avait raison, les compilateurs du *Digeste* n'auraient pas classé au numéro 3 du titre *de precario*, dans le livre XLIII qui a pour rubrique *de interdictis*, le passage où Gaius dit que les servitudes prédiales peuvent faire l'objet d'un précaire. D'ailleurs, nous sommes à même d'entourer notre décision d'un autre motif qui à lui seul serait encore *proband*. A la fin de la loi 17, *communis prædiorum* (*Dig.*, lib. VIII, tit. 4), Papinien enseigne que c'est au moyen de l'interdit *de precario* que le titulaire d'une servitude fera démolir un mur qui a été bâti sur le fonds servant, en vertu d'une concession en précaire. *Si in suo maceriam precario, qui servitutum tibi debuit, duxerit, neque libertas usucapietur, et interdicto, quod precario (habet), utiliter cum eo*

agetur. Il y a là une preuve évidente, que notre interdit fonctionne tout aussi bien pour assurer la restitution d'une *juris possessio* que pour assurer celle d'un *corpus*.

Il y a lieu de rappeler que le précaire peut se former tacitement. Malgré l'absence d'une *rogatio* expresse, la possession d'une servitude sera dénuée de protection si, au lieu d'être l'indice d'une situation forcée, elle paraît être la conséquence d'un rapport de familiarité. *Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere : quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore in fundo sit.* (L. 41, *Dig.*, lib. XLI, tit. 2). Ce texte est de Paul. En voici un autre de Celsus qui renferme la même idée : *Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus : inutile est ei interdictum de itinere actuque privato : nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedissee oportet.* (L. 7, *Dig.* lib. XLIII, tit. 19). En cas de contestation sur le caractère de la quasi-possession, la question est abandonnée à l'appréciation souveraine du juge.

Cette notion de familiarité ou de précarité tacite passera dans notre droit français avec une plus grande force. Suivant une présomption qui ne fléchira que devant un titre, les coutumes et le

code civil ne verront dans l'exercice des servitudes ou de certaines servitudes que des actes de simple tolérance incapables de fonder une possession juridique.

DROIT FRANÇAIS

DE LA PRÉCARITÉ

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DE LA PRECARIA.

Sous le Bas-empire, le domaine de l'Église ne pouvait être aliéné ni par vente, ni par donation, mais il était permis aux évêques de faire des concessions en usufruit sous la condition suivante : Quand un homme obtenait sur sa demande ou sur sa prière la jouissance d'un bien ecclésiastique à titre viager ou au moins pour un long temps, il devait céder en retour la nue-propriété d'une de ses terres d'un revenu équivalent (L. 14, § 5, C., lib. I, tit. 2. Nov. 7, cap. 4. Nov. 120, cap. 2). Ce genre de concession se

perpétua dans la société gallo-franque. Aux termes des canons du concile de Meaux (année 848), l'Église abandonnait en usufruit le double de ce qu'elle recevait en nue-proprieté ou le triple de ce qu'on lui offrait en toute propriété. La concession prit le nom de *precaria*.

Au moyen-âge, il arrivait aussi que l'Église faisait un abandon pur et simple de la jouissance de ses biens par une libéralité spontanée, afin de réunir autour d'elle des défenseurs et de ne pas laisser ses domaines en friche. C'était la seconde forme de la précaire.

Il en existait une troisième. Après l'invasion germanique, quand les barbares eurent brisé les rouages de l'administration impériale, les petits propriétaires d'alleux, trop faibles pour se protéger eux-mêmes contre l'oppression des grands durent se placer, eux et leurs biens, sous l'autorité de l'Église ou de quelque leude puissant. Ils transmirent leurs terres au protecteur dont ils avaient fait choix, et celui-ci, à son tour, leur en concéda la jouissance, sur leur prière. Ce fut surtout l'Église qui bénéficia de ces sortes de donations sous réserve d'usufruit. Beaucoup d'humbles gens se recommandèrent à elle pour participer à ses immunités, c'est-à-dire pour échapper à une foule de redevances onéreuses dont la plus lourde était le service militaire. En règle générale, on rédigeait deux chartes. L'une

portait mention de la supplique ; c'était la *precatoria* : « A maître un tel, moi un tel, votre suppliant, je vous ai adressé une demande afin que telle terre qui est à vous, me fût concédée par votre bienfait ; votre volonté m'accorde de la cultiver et d'en jouir ; mais je n'aurai pas le droit de la vendre, de la donner, ni d'en diminuer la valeur ; à ma mort, elle retournera dans vos mains sans aucune contestation de mes héritiers ». L'autre constatait la rétrocession en usufruit ; c'était la *præstaria* : « Comme vous êtes venu vers nous en suppliant et que vous nous avez adressé une prière, notre volonté vous accorde cette terre qui est à nous ; nous vous en faisons le bienfait ; vous n'aurez la faculté ni de la vendre, ni d'en altérer aucune partie ; à votre décès elle rentrera dans nos mains ou dans celles de nos successeurs ». Formules de Rozière, nos 320 à 340 ; Fustel de Coulanges, *Origines du régime féodal*, *Revue des deux mondes*, 1873, p. 436 et suiv. Il y avait dans cette transformation d'un droit de propriété en un droit de simple jouissance quelque chose de semblable au patronage des fonds de terre (*fundorum patrocinium*) qui, à la fin de l'empire romain, consistait à faire passer un domaine sous le nom d'un personnage puissant en vue de s'assurer une protection contre les exactions des agents du fisc.

Dans la *precaria* de l'époque franque, comme dans

le *precarium* de l'époque classique, on rencontre une prière et un bienfait. Ainsi s'explique que le premier de ces contrats ait emprunté son nom à l'autre. Néanmoins, il ne faut pas croire que l'un soit la continuation de l'autre, car des différences capitales les séparent.

D'abord, loin d'être essentiellement gratuite, la *precaria* n'était habituellement accordée que sous la condition d'un cens annuel, payable en argent ou en nature. Ainsi, l'abbé de St-Calais payait pour son abbaye qu'il tenait en précaire de l'évêque du Mans un cens annuel de 4 livres de cire, pour l'église; d'un muid d'œufs et de deux bouteilles d'excellent vin, pour les chanoines; d'une crosse ornée et d'une paire de sandales, pour l'évêque. — Voir la polyptique de l'abbé Irminon, édition Guérard — Lorsque le précariste n'acquittait pas la redevance, il s'exposait à une amende et même à la commise.

D'un autre côté, la *precaria* n'était presque jamais révocable à la volonté du propriétaire. D'après les formules de Marculfe, beaucoup de concessions étaient viagères; d'autres étaient transmissibles à l'époux ou aux héritiers en ligne directe. Au commencement du ix^e siècle, elles sont devenues pleinement héréditaires. L'an 817, on vit Charlemagne ordonner à l'Église de maintenir en possession les héritiers pauvres du précariste dans le cas même où la charte de concession ne contiendrait aucune réserve à leur profit.

La precaria fut en grand usage du v au x^e siècle. Selon M. Garsonnet, après s'être fondue avec le bénéfice à charge de redevance, elle prit rang, dans la hiérarchie féodale des terres, entre le bénéfice à charge de service militaire et la location servile, pour être là une des sources principales du bail à cens. — Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, part. II, ch. 3, section 2.

M. Viollet signale un autre mode d'application de la précaire au moyen-âge : parfois, en échange de sa promesse de payer une redevance annuelle, le précariste recevait une somme d'argent au lieu d'une nouvelle terre. C'était la continuation du vieux procédé que les Romains employaient pour permettre à l'emprunteur de constituer une garantie réelle tout en conservant la faculté d'user de sa chose et d'en percevoir les fruits. De cette habitude d'obliger son bien au paiement d'un cens, contre la remise d'un capital, devait sortir la rente constituée. — Viollet, *Histoire du droit*, liv. 3, section 3.

CHAPITRE II.

DU PRÉCAIRE.

Notre droit français n'a pas admis le précaire avec les règles particulières, bizarres même, que nous ont fait connaître les jurisconsultes romains de l'époque classique. Il est encore très fréquent qu'une personne concède à une autre l'usage gratuit d'une chose, sous la réserve d'un pouvoir arbitraire de révocation. Mais qu'une convention de ce genre ait reçu des parties le nom de précaire ou le nom de prêt, elle ne forme dans tous les cas qu'une variété du *commodat*. « Les principes du droit romain n'étant pas reçus parmi nous, dit Pothier, et toute convention par laquelle les parties ou l'une d'elles promet à l'autre de lui donner, ou de faire, ou de ne pas faire quelque chose, étant selon la simplicité de notre droit, un vrai contrat, la convention de précaire n'est pas moins un vrai contrat que le prêt à usage. Il produit des obligations semblables à celles que produit le prêt à usage, sauf que, dans le précaire, celui qui a accordé précairement l'usage

d'une chose, n'est pas obligé, comme dans le prêt à usage, de la laisser pendant un certain temps à celui à qui il l'a accordée ; mais il peut en demander la restitution dès le lendemain, et toutes les fois et quantes il lui plaira ». Pothier, *du prêt à usage*, n° 89.

Ainsi, un précaire ou un *commodat* révocable à volonté, c'est aujourd'hui la même chose.

A croire certains auteurs modernes, il y aurait cependant une différence, On sait qu'aux termes de l'article 1879 du Code civil, le prêt à usage cesse d'être transmissible aux héritiers lorsque des circonstances spéciales établissent qu'il a été consenti dans la vue seule de l'emprunteur et à lui personnellement. Or, le fait d'avoir attribué à la convention la dénomination de précaire accuserait une intention de personnalité, parce qu'il faudrait en induire que les parties se sont référées aux principes du droit romain d'après lesquels la concession prenait fin à la mort du rogans. (L. 12, § 1, D., *de prec.*). — Trolong, *traité du prêt*, n° 28. — Paul Pont, *des petits contrats*, sur l'art. 1879

Mais ces auteurs oublient qu'en droit romain le précaire se continua dans la personne des héritiers du rogans, à partir de l'époque où les prudents reconnurent à notre institution les caractères d'un véritable contrat. Il est donc plus sûr de maintenir, même au point de vue qui nous occupe, la plus

étroite analogie entre la concession en précaire et le *commodat*.

Nous avons constaté dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, l'usage de donner à l'acheteur la qualité de possesseur précaire afin de l'empêcher de devenir propriétaire avant le paiement du prix, ou afin de grever la chose entre ses mains d'un privilège en faveur du vendeur.

Nos vieux auteurs nous apprennent que le précaire a joué dans la vente un autre rôle non moins important. Conformément à la doctrine romaine, notre ancien droit refusait à la volonté de l'homme la force de transférer par elle-même la propriété : c'était la tradition qui opérait cet effet. Néanmoins, lorsque les parties, tout en fixant un délai pour la délivrance, voulaient que la propriété fût immédiatement déplacée, il leur suffisait à cet égard de déclarer dans l'acte que le vendeur conservait la chose à titre précaire ; cette clause constituait une tradition feinte qui équivalait à une tradition réelle ; on disait que constitution de précaire vaut délivrance.

De là les quatre conséquences suivantes :

1^o Dès le contrat, l'acheteur acquérait le titre de propriétaire, même vis-à-vis des tiers. Il est vrai que Charondas le Caron rapporte en sens contraire deux arrêts rendus les années 1498 et 1569 ; mais Guy Pape (décision 112), Ferrière (tome III, sur l'art 275

de la coutume de Paris), et Pothier. (*De la vente*, n° 321), sont d'accord pour enseigner que la tradition feinte, à l'instar d'une tradition réelle, transporte la propriété à l'acheteur non seulement à l'égard du vendeur, mais encore à l'égard des personnes qui traiteraient de bonne foi avec celui-ci.

2^o — Dans l'intervalle de la vente à la tradition, l'acheteur était autorisé à exercer en son nom les actions possessoires. C'était lui seul qui avait le titre de possesseur, le précariste n'exerçant qu'une simple détention. « On met dans le contrat, dit Domat, que le vendeur ne possédera que précairement. Ce qui a cet effet que l'acquéreur est regardé comme possédant par les mains du vendeur. Et si on considère l'un et l'autre comme ayant la possession, celle de l'acheteur qui est le maître, est distinguée par son droit, et son intention de posséder en maître : et celle du vendeur ne consiste qu'en une simple détention sans le droit de propriété et n'est pas une véritable possession ». (Domat, *lois civiles*, lib. 3, tit. 7, sect. 1, n° 10). On avait effacé toute distinction entre le constitut et le précaire, à un tel point que la plupart du temps les deux expressions étaient accouplées pour désigner un seul pacte : la clause recevait le nom de constitut et de précaire ou de dessaisine-saisine. Quand Tiraqueau remarque que par le constitut le vendeur renonce à toute possession *tam civilis quam naturalis* tandis qu'au moyen du précaire il

retient la possession *naturalis*, Ferrière répond qu'il ne faut pas s'arrêter à cette différence, car « la possession naturelle n'est que la détention corporelle de la chose ». (Ferrière, tome III, p. 1264).

3° — Dans le même intervalle, l'acheteur possédait *ad usucapionem*. Il pouvait avoir intérêt à faire remonter ainsi jusqu'au jour du contrat le point de départ de sa possession, lorsque la possession du vendeur n'était pas de nature à être jointe à la sienne.

4° — Enfin, l'acheteur conservait perpétuellement la faculté de revendiquer la chose contre son auteur dont la simple détention était impuissante, en raison du vice de précarité, à se transformer en une possession utile pour la prescription. Dans l'hypothèse d'un acte d'échange qui renfermait une clause de constitut et de précaire, la Cour de Riom a accueilli une demande en délaissement formée par l'un des échangistes contre l'autre, bien qu'il se fût écoulé 36 ans entre le contrat et la réclamation. (Riom, 28 mai 1810, Sirey, 1811, 2, 322).

La clause de précaire était également d'un usage très répandu dans les actes de donation. Outre les conséquences que nous venons d'énumérer à propos de la vente, il en découlait un moyen pour le donateur de conserver la chose sans transgresser la règle célèbre : donner et retenir ne vaut. Aux termes de l'article 275 de la coutume de Paris, « ce n'est donner et retenir quand l'on donne la propriété d'aucun héri-

tage, retenu à soy l'usufruit à vie ou à temps : ou quand il y a clause de constitut ou précaire : et vaut telle donation ».

Nous avons vu que notre ancienne jurisprudence avait fini par attribuer de plein droit la qualité de possesseur précaire à l'acheteur qui entrait en possession avant le paiement du prix. Le même phénomène devait se produire en ce qui concerne le vendeur ou le donateur qui ne livre pas immédiatement la chose. Domat sous-entend la clause de précaire dans les contrats de vente où elle n'est pas exprimée, « car la vente, écrit-il, transférant la propriété, elle renferme le consentement du vendeur que l'acheteur se mette en possession ». (Lois civiles, part. 1, liv. 1, tit. 2, section 2, n° 8).

Sous l'empire du code civil, à défaut d'une tradition réelle, il faut toujours une tradition feinte pour que la propriété soit transférée; seulement cette tradition est tenue pour accomplie par l'effet seul de la convention, sans déclaration spéciale des parties : suivant l'expression de *Portalis*, il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport des droits, (art. 938 et 1138 C. civ. ; Fenet, tome XII, p. 230 ; tome XIII, p. 112 et 113). Or, cette tradition feinte ou civile n'est pas autre chose que le pacte de constitut et de précaire ou de dessaine-saisine, ce qui revient à dire que, dans les contrats translatifs de propriété, le

législateur moderne a sous-entendu ce pacte qui était devenu de style. Naturellement, on doit attacher à la clause tacite de précaire les mêmes conséquences que si elle était expresse. Il en résulte donc que la possession passe à l'acheteur ou au donataire en même temps que la propriété. D'ailleurs il ne serait pas raisonnable de supposer que l'aliénateur, en se dépouillant du *dominium*, a voulu conserver la possession juridique. Il y a lieu de présumer au contraire qu'il a renoncé à l'*animus domini* pour n'être plus qu'un instrument de possession au profit de l'acquéreur, en attendant la délivrance. (Toullier, tome VII, p. 489 ; Duranton, tome XXI, n^{os} 197 et 394 ; Aubry et Rau, tome 2, § 179 ; arg., art. 2269).

CHAPITRE III.

DE LA POSSESSION PRÉCAIRE.

Puisque l'ancien droit ne voyait dans le contrat de précaire qu'un commodat révocable *ad nutum*, il n'eût pas été rationnel de maintenir, relativement à la possession, la distinction que le droit romain avait établie entre le précariste et le commodataire. Nous avons déjà dit que cette différence disparut. Ferrière nous fournit sur ce point un témoignage très explicite : « Le précaire est quand le donateur déclare qu'il possède la chose à sa requête et prière, pour et au nom du donataire, tant que bon lui semblera, et non autrement ; *ce qui est une détention seulement et non une possession* ; en quoi le précaire convient fort avec le commodat, ainsi que nous avons dit ailleurs plus amplement » (Ferrière, tome III, sur l'art. 275 de la *Coutume de Paris*). La possession du précariste n'est qu'une simple détention, une possession purement naturelle : « Elle ne produit point d'autre effet que de conserver la possession civile à celui qui l'a acquise, mais elle ne donne aucun droit à celui qui

ne possède que naturellement. » (Argou, *Institution au droit français*, lib. 2, ch. 9). En d'autres termes, on ne délivre plus au précariste les actions possessoires contre les tiers qui troublent sa jouissance.

Cependant, bien que le contrat de précaire ait été absorbé par le commodat, l'expression de possession précaire n'est pas tombée en désuétude. Loin de là, on a modifié sa signification pour l'étendre à toute détention qui n'est pas accompagnée de l'intention de maître. L'idée de précarité a pris de la sorte une extension considérable sur laquelle insiste Dunod. « Le précaire dans son étroite signification, est un prêt gratuit, révocable à la volonté de celui qui l'a fait. Mais la loi donne une plus grande signification à ce terme et la glose l'étend au bail à ferme ou loyer, à l'emphytéose, à tout prêt à usage et au dépôt; *quia precibus porrectis in omnibus istis possidetur*. Sur ce principe on peut appeler précaire, tout contrat qui se fait à la prière d'une partie, *in quo cadit rogatio*; et ensuite duquel l'un possède pour l'autre ou reconnaît son domaine. Ainsi le vassal, l'emphytéote, l'usufruitier, le créancier qui tient le gage ou la chose hypothéquée, le mari, la douairière, le père de famille, le procureur, celui qui fait les affaires de l'absent, le tuteur, le curateur, l'économe, le syndic et généralement tous ceux qui sont entrés en possession pour autrui et qui reconnaissent un domaine supérieur peuvent être regardés comme

des possesseurs précaires ». (*Traité des prescriptions*, ch. 7). Dès le XIV^e siècle, on rencontre dans le Grand coutumier de Charles VI cette confusion entre la possession précaire et la détention du fermier ou du commodataire : « A ce qu'occupation suffise pour acquérir la possession, trois choses sont nécessaires, c'est à savoir que la chose ne soit mie occupée par force, ni clandestinement, *ni par prière*, mais paisiblement, publiquement, *et non à titre de louaige ni de prest* » (Lib. 2, ch. 19, *Des cas de nouvelleté*). Et c'est si bien là le langage courant qu'il passe dans la loi elle-même. Suivant les termes de l'ordonnance de 1667 (tit. 18, art. 1) posséder à titre précaire ou posséder à titre de fermier, c'est la même chose : « Si aucun est troublé en la possession et jouissance d'un héritage ou droit réel, ou universalité de meubles qu'il possédait publiquement, sans violence, *à autre titre que de fermier ou possesseur précaire*, peut, dans l'année du trouble, former complainte... » A la veille de la rédaction du Code, tous nos auteurs, à l'exception de Pothier, qualifient de possesseur précaire tout détenteur qui n'agit pas *animo domini* sur la chose détenue. « Il ne se peut pas, dit Henrys que celui qui ne jouit que précairement, qui occupe plutôt l'héritage qu'il ne le possède, qui ne le tient pas *pro suo et titulo domini*, comme disent nos interprètes, change de lui même et sans autre cause survenante la cause de sa possession et que de gar-

dien il devienne propriétaire. » (Lib. 3, quest. 46, n° 2). On trouve les mêmes expressions sous la plume de Bourjon, l'interprète de la jurisprudence du Châtelet de Paris : « La possession pour fonder la demande en complainte doit être à titre de propriétaire et de maître, et non à titre précaire. Si elle était précaire, la complainte n'aurait pas lieu ; c'est pour un propriétaire justement et raisonnablement présumé que la loi l'établit et non pour une espèce de régisseur de l'immeuble litigieux ; la possession, pour fonder cette action doit donc avoir été à titre de propriétaire et non à aucun autre titre ; cela est encore de droit commun, comme résultant évidemment de la loi » Droit commun de la France, (lib. 6, tit 4, chap. 1, sect. 2, n° 9.)

On pense bien qu'une telle habitude plusieurs fois séculaire de confondre la possession précaire avec la possession purement naturelle n'a pas été abandonnée par les rédacteurs de nos codes. Il résulte de l'article 2236 du Code civil que les termes : possession à titre de propriétaire, ou les termes : possession à titre non précaire, peuvent encore être employés indifféremment. En effet, les possesseurs précaires étant ceux qui possèdent pour autrui, les possesseurs non précaires sont ceux qui possèdent pour eux-mêmes, avec l'intention de maître. Aussi doit-on dire, lorsque l'on compare l'article 23 du Code de procédure civile à l'article 2229 du Code civil, que la possession

qui sert de base à la complainte doit réunir tous les caractères de la possession qui est requise pour prescrire. C'est un point qui est aujourd'hui constant en doctrine et en jurisprudence. Il n'y a plus aucune distinction à faire entre la possession *ad usucapionem* et la possession *ad interdicta*, quand l'examen porte uniquement sur leurs qualités intrinsèques. On ne reconnaît qu'une seule espèce de possession, celle qui comprend la réunion du *corpus* et de l'*animus domini*. Les divers individus qui détiennent des biens sont divisés en deux catégories : d'un côté, se trouvent ceux qui ont la volonté de traiter la chose comme si elle leur appartenait ; de l'autre, ceux qui reportent à autrui la qualité de propriétaire. Les premiers sont des possesseurs, et à eux seuls sont réservés les avantages de la possession ; les seconds sont rangés sous le nom de possesseurs précaires, et à proprement dire ils ne possèdent pas. (Art. 2228 C. civ.).

Si on ne consultait que les ouvrages de Pothier, on ne se douterait guère qu'il s'est produit un bouleversement aussi radical dans la notion de la précarité. Le célèbre jurisconsulte est resté complètement étranger aux modifications dont nous venons de faire l'exposé. Il s'en tient à la terminologie des Pandectes. Après avoir rappelé les caractères distinctifs de la possession civile ; après avoir classé parmi les divers genres de la possession naturelle la possession du précariste qui procède d'un titre valable, mais inca-

pable de transférer la propriété, il déclare « qu'il ne faut pas confondre avec la possession naturelle la détention de ceux qui détiennent une chose pour un autre et au nom d'un autre ; tels que sont des fermiers, des locataires, des dépositaires, des emprunteurs ou commodataires. La détention qu'ont ces personnes de la chose qui leur a été louée, ou donnée en dépôt, ou prêtée, n'est qu'une pure détention, *mera custodia*, et n'est pas même une possession purement naturelle... Les possesseurs qui ont usurpé leur possession, soit par violence, soit par des voies clandestines, ou dont la possession est précaire, ne sont pas fondés à former la complainte contre celui sur qui ils ont usurpé la possession par ces voies, ni contre celui de qui ils la tiennent précairement. Mais ces possesseurs sont fondés à la former contre des tiers ». (De la possession, n° 15 et 96). On voit que c'est la reproduction pure et simple de la doctrine romaine ; mais ces explications paraîtront erronées à quiconque songera qu'elles sont postérieures à l'ordonnance de 1667 qui, ainsi que nous l'avons montré, assimile la possession précaire à la détention du fermier. On s'exposerait donc à une grave méprise en s'en rapportant ici à l'auteur qui a servi de guide habituel aux rédacteurs de nos codes. Il y a là un danger que nos magistrats n'ont pas toujours su éviter.

En 1819, un preneur à bail emphytéotique pour

99 ans s'était fait délivrer une action en complainte pour faire cesser un trouble apporté à sa jouissance. Sur l'appel, le tribunal civil ne voyant dans l'emphytéose qu'un bail ordinaire, déclara la demande en complainte non recevable, par les motifs suivants : « Vu la loi première, § 9, *uti possidetis*, l'article 1 du titre 18 de l'ordonnance de 1667, et l'article 23 du Code de procédure civile ; attendu que pour former l'action en complainte, il faut d'après ces lois, posséder en son nom, comme maître, *animo domini*, c'est-à-dire avoir une possession civile ; que le fermier par bail emphytéotique n'est qu'un possesseur précaire, un détenteur de la chose d'autrui et non un possesseur véritable, puisqu'il ne peut jamais acquérir de prescription, ni par conséquent avoir de possession utile, etc... ?

Dénoncé à la Cour de cassation, ce jugement fut l'objet de critiques très vives. Le conseiller rapporteur M. Porriquet, émit l'avis qu'il ne renfermait pas une proposition qui ne fût inexacte. D'après ce magistrat, le fermier n'est pas un possesseur, il n'a même pas une possession naturelle ; sa détention est *mera custodia*. En tout cas, il ne saurait être un possesseur précaire : car la *possessio precaria* ne caractérise que la position de celui qui bénéficie de la concession définie par Ulpien dans le premier fragment du titre *de precario*. Enfin, quand bien même ce serait un possesseur précaire, il serait encore illé-

gal de lui refuser les actions possessoires contre l'auteur du trouble quel qu'il soit. La précarité n'a pas un caractère absolu ; elle est, au contraire, relative ; le concédant est la seule personne qui soit autorisée à s'en prévaloir. Les juges de première instance l'auraient compris s'ils avaient interprété sainement le paragraphe 9 de la loi I, *uti possidetis*, qu'ils ont visé dans leur jugement. A Rome, il fallait sans doute que la possession eût été exercée *nec vi, nec clam, nec precario*, mais cette condition n'était exigée que par rapport à l'adversaire. Le même principe a été consacré en France. C'est ce qu'explique fort bien Pothier, dans son traité de la possession : « Les possesseurs dont la possession est précaire ne sont pas fondés à former complainte contre celui sur qui ils tiennent la possession précairement ; mais ces possesseurs sont fondés à la former contre des tiers. » Il y a donc erreur certaine à décider qu'il est indispensable, pour agir en complainte, de justifier d'une possession *animo domini*. Les lois romaines, l'ordonnance de 1667 et le Code de procédure civile ne renferment pas un seul mot dont on puisse conclure que la possession qui sert de fondement aux actions possessoires n'est suffisante qu'autant qu'elle est utile pour la prescription ; mais les lois romaines disent expressément le contraire et leur décision a obtenu le suf-

frage unanime des auteurs. (*Rapport de M. Porriquet*, dans Sirey, 1822, 1, 362).

Nous ne saurions nous associer à ces critiques. Quoiqu'on dise, le langage tenu par les juges du tribunal civil est d'une correction parfaite. Nous avouons que le droit romain donnait au fermier une condition différente de celle du possesseur précaire : on attribuait à celui-ci une possession juridique qu'il pouvait lui-même faire respecter par les tiers au moyen des interdits possessoires, tandis que celui-là était un simple détenteur qu'on obligeait, en cas de trouble, à recourir en garantie contre le bailleur. Nous reconnaissons que les jurisconsultes de l'époque classique n'ont confondu les deux situations ni au fond ni nominalement. Mais nous ne pouvons pas reprocher à M. Porriquet d'ignorer que cette double confusion a été commise par la loi française. Chez nous, tout précariste est un simple détenteur, et tout simple détenteur est un possesseur précaire. Charondas le Caron, Henrys, Argou, Dunod, Bourjon et une foule d'autres auteurs que nous aurions pu citer, nous ont appris que, relativement à la possession, la précarité a changé de nature. Nous sommes surpris que le savant rapporteur n'ait pas entendu leurs enseignements. Pour ne point s'engager dans la fausse voie qui a été tracée par Pothier, il lui eût suffi de se reporter au titre du Code civil qui concerne la prescription. L'article 2236 applique au

fermier la qualification de possesseur précaire : *le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement...* Et maintenant, si on fait abstraction de la nature de la chose possédée, il faut encore convenir que le tribunal a eu raison de prononcer que la possession utile pour la prescription est la seule qui soit utile pour la plainte. Nous avons démontré précédemment, sans qu'il soit besoin d'y insister à nouveau, que la locution à *titre non précaire* dans l'article 23 du Code de procédure civile répond exactement à la locution à *titre de propriétaire* dans l'article 2229 du Code civil. Détenir à titre de maître, *animo domini*, ou détenir à titre non précaire, ce sont là deux expressions synonymes.

Toutefois il existe un point sur lequel nous trouvons en défaut les rédacteurs du jugement dont il s'agit. Ils ont eu tort de présenter leurs développements sur la notion de la précarité comme une conséquence non seulement de l'ordonnance de 1667 et du Code de procédure civile, mais aussi du paragraphe 9 de la loi I, *uti possidetis*. Il ressort une contradiction flagrante de ce rapprochement entre les lois romaines et les lois françaises. Après avoir reproché au conseiller de la Cour suprême d'avoir affirmé que le fermier n'est pas devenu un possesseur précaire, nous devons reprocher aux juges de première instance d'avoir supposé qu'il l'a toujours été.

Sous un autre aspect, le rejet de la demande en complainte pouvait être contesté dans notre espèce. Peut-être le contrat d'emphytéose a-t-il survécu à la révolution comme contrat *sui generis*, distinct du louage et de la vente, et entamant la propriété du bailleur pour transférer au preneur un domaine utile ou un quasi domaine. Si cela est, il y a lieu de conclure que l'exercice du droit transféré constitue pour l'emphytéote une *juris possessio* susceptible d'être défendue par les actions possessoires, indépendamment de la *corporis possessio* (art. 2228 C. civ., et 23 du C. pr. C.). Mais c'est là un tout autre point de vue que celui où se sont placés le tribunal et le rapporteur.

CHAPITRE IV.

DES POSSESSEURS PRÉCAIRES.

Nous savons que la locution *possesseur précaire* désigne tout détenteur qui manque de *l'animus domini*, l'un des deux éléments constitutifs de la possession. Nous avons à nous demander quel est le signalement de la précarité. A quoi reconnaîtra-t-on si telle personne a voulu posséder en son nom ou pour le compte d'autrui ?

A cet égard, on remonte à l'origine de la possession : *Origo possessionis nanciscendæ exquirenda est* (L. 6, D. de acq. vel amitt. poss.).

Quand la détention résulte d'une usurpation, on la considère comme une véritable possession *animo domini*. S'emparer d'une chose sans solliciter de permission, en faire un usage public, en recueillir les fruits, ce sont là des actes qui portent en eux-mêmes un signe manifeste de l'intention d'agir comme propriétaire. C'est pourquoi chaque détenteur est présumé, en l'absence d'un titre, posséder pour soi (art. 2230 du C. civ.).

Quand la détention provient au contraire d'une tradition, il faut scruter la nature du titre.

Il y a précarité si le titre est de sa nature incapable de transférer la propriété.

Cette définition que nous empruntons à Dunod et à Merlin, résulte de l'article 2239 du Code civil, aux termes duquel toute possession fondée sur un titre, n'est utile pour la prescription c'est-à-dire non précaire qu'à la condition de s'appuyer sur un titre translatif de propriété (Dunod, *Traité des prescriptions*, part. I, ch. 8. Merlin, rép., v^o *prescription*, § 6, art. 1.

Remarquons bien que l'incapacité du titre à transférer la propriété peut tenir soit à une cause accidentelle, soit à une cause naturelle.

Dans le premier cas, c'est là un point capital à retenir, nous nous trouverions en dehors des termes de notre définition. Par exemple, quand bien même une donation renfermerait une nullité de forme ou quand bien même une vente serait résolue par l'arrivée d'une condition, le donataire et l'acheteur ne recevraient pas pour cela la qualification de possesseurs précaires. Tout donataire et tout acheteur entrant en possession avec l'intention d'acquérir la propriété, on doit leur attribuer une véritable possession, sans examiner s'ils sont ou non devenus propriétaires.

Pour que le titre imprime à la possession le vice

de précarité, il faut que ce soit de sa nature même que résulte le défaut d'habileté à déplacer la propriété. Quand une espèce est donnée, on doit supposer réunies toutes les conditions mises à la validité du titre avant de vérifier s'il a opéré une translation de propriété. Toutes les causes accidentelles qui empêcheraient sa validité ou même sa formation demeurerait indifférentes et étrangères à notre question.

En appliquant notre *criterium* au locataire, nous voyons que celui-ci est un possesseur précaire : car, jamais le contrat de louage, même quand on ne conteste pas sa validité, n'investit le preneur de la qualité de propriétaire. Nous pourrions faire une semblable remarque à l'égard du commodataire, du dépositaire, de tous les administrateurs conventionnels, légaux ou judiciaires des biens d'autrui, mandataires, capitaines de vaisseau, tuteurs, maires, syndics, etc... Nous citerons encore les précaristes, c'est-à-dire les vendeurs, les échangeistes ou les donataires qui n'ont pas fait délivrance. L'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent prend place aussi dans l'énumération des possesseurs précaires. Quant à l'envoyé en possession définitive, il nous semble plus exact de le considérer comme un propriétaire sous condition résolutoire.

Toutes ces personnes détiennent en vertu d'un titre qui ne leur permet de prétendre au droit de

propriété ni pour le tout ni pour partie. Elles possèdent le bien *tanquam rem alienam* dans toute la force du mot. La précarité de leur possession est entière et absolue.

A côté d'elles, il existe une autre catégorie de détenteurs précaires qui, sans acquérir la pleine propriété, en acquièrent au moins une fraction. Ceux-là ont une position mixte : ils sont tout à la fois possesseurs précaires et possesseurs non précaires — précaires, à l'égard de la chose même qu'ils possèdent pour autrui, — non précaires à l'égard du droit réel qu'ils exercent comme un droit détaché de la propriété. Tels sont l'usufruitier, l'usager, le titulaire d'un droit d'habitation.

Les auteurs blâment généralement la Cour de cassation d'avoir refusé à un nu-propiétaire la faculté de réunir à sa possession celle de l'usufruitier pour compléter la possession annale requise du demandeur en complainte. (Civ. Cass., 6 mars 1822. Sir, 1822, 1, 298). D'abord, dit l'arrêt, l'usufruitier ne possède pas pour le compte et au nom du nu-propiétaire, mais il possède pour lui-même et en son nom personnel ; il ne jouit pas à titre de tolérance de la part du nu-propiétaire, mais en vertu d'une disposition expresse de la loi qui considère l'usufruit comme une partie de la propriété. En second lieu, l'usufruit s'éteignant au décès du titulaire, on ne rencontre pas entre l'usufruitier et le nu-propiétaire le lien de

droit, le rapport d'auteur à successeur auquel l'article 2235 subordonne l'accession des possessions.

De ces deux arguments aucun n'est valable. Sans doute l'usufruitier possède en son nom le droit d'usufruit comme un droit qui lui est propre ; mais, relativement à la nue-propriété, il n'exerce qu'une simple détention *alieno nomine* puisque son titre l'oblige à reporter à autrui la qualité de propriétaire. De là cette différence de langage que l'on trouve dans les textes romains, suivant que l'on envisage la situation par rapport au droit d'usufruit ou par rapport à la chose elle-même. Sous le premier aspect, les jurisconsultes disent que l'usufruitier quasi-possède ; sous le second, qu'il ne possède pas ou qu'il possède *naturaliter*. Cette double solution est toujours exacte. Quant à la chose corporelle, l'usufruitier n'a pas la possession : c'est un simple détenteur précaire. L'article 2236 le dit expressément : « *Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit. — Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous les autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire* ». Le nu-propriétaire est à même d'invoquer la détention de l'usufruitier comme le bailleur celle du fermier ou le déposant celle du dépositaire.*

On aperçoit alors que le second motif de la Cour de cassation porte à faux. Dans l'espèce, la théorie de l'accession des possessions n'a rien à faire. C'est

comme s'il avait toujours eu la chose entre les mains que le nu-propriétaire peut fixer au commencement de l'usufruit le point de départ du délai d'un an. Il ne demande pas à joindre la possession de l'usufruitier à la sienne. Ses prérogatives vont plus loin. Il est autorisé à prétendre que pendant toute la durée du droit qui grevait sa chose, l'usufruitier n'a été pour lui qu'un instrument de possession. Le litige devait être tranché en sa faveur par interprétation de l'article 2236 sans qu'il y eût lieu de se reporter à l'article 2235.

Ce que nous avons dit de l'usufruiter, s'applique au superficiaire qui jouit *proprio nomine* d'un droit sur la superficie du fonds en même temps qu'il détient le fonds pour le compte du tréfoncier.

Dans notre ancien droit, le vassal, le censitaire et l'emphytéote avaient aussi une possession à double face, à titre de propriétaire d'un côté, à titre précaire de l'autre. Dans la mesure du domaine utile, ils étaient à la fois possesseurs et propriétaires, double qualité qui mettait à leur portée la complainte et la revendication. Mais, à l'égard du domaine direct, leur détention était entachée de précarité. De là la règle fameuse : la directe est imprescriptible, règle qui, en se combinant avec cette autre : nulle terre sans seigneur, forma entre les mains des seigneurs une arme terrible contre l'allodialité. On vit exiger des cens avec des droits de lods et de vente sur des terres

qui depuis un temps immémorial étaient libres de toutes redevances.

Tout le monde sait que la féodalité a été abolie par la révolution. Depuis le décret du 17 juillet 1793 par lequel la Convention a supprimé sans indemnité toute redevance féodale ou seigneuriale, quelle qu'elle fût, vassaux et censitaires sont investis de la pleine propriété, d'où il suit que leur possession a cessé de porter le vice de précarité.

Les emphytéotes perpétuels sont également devenus de pleins propriétaires, la directe ayant été convertie en une simple créance mobilière et rachetable (art. 1, loi des 8-29 déc. 1790; art. 7 de la loi du 11 brumaire an VII; art. 529 et 530 C. Civ.).

En ce qui concerne l'emphytéose temporaire, la loi des 18-29 déc. 1790 l'avait maintenue pour le passé et l'avait autorisée pour l'avenir sans modifier les caractères que lui attribuait notre ancienne jurisprudence. En outre, les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII avaient classé le droit d'emphytéose parmi les droits susceptibles d'hypothèque. Ces textes prouvent que le bail emphytéotique temporaire continua dans le droit intermédiaire de produire des effets distincts de ceux du bail ordinaire. Seulement, d'un bout à l'autre du Code, le droit d'emphytéose n'est pas mentionné une seule fois. Comment interpréter ce silence? Sur ce point, les opinions sont partagées.

D'après certains auteurs, et aussi d'après une jurisprudence constante, le droit d'emphytéose forme encore un domaine utile ou un quasi-domaine qui peut, le cas échéant, faire l'objet d'actions possessoires. (Civ. cass., 26 juin 1822 ; Sirey, 1822, 1, 362). A la vérité, dit-on, les lois nouvelles ne parlent pas d'une façon expresse de l'emphytéose, mais elle rentre dans le droit de propriété ou dans le droit de jouissance que permet l'article 543 du Code civil, sans en déterminer ni restreindre les conditions ou l'étendue.

D'autres pensent que toute cession de jouissance faite à titre d'emphytéose se confond aujourd'hui avec le louage ordinaire et n'engendre, par suite, qu'un droit personnel n'offrant au preneur, en cas de trouble, d'autre ressource que d'agir en garantie contre le bailleur. On remarque, en effet, que si le législateur moderne avait voulu maintenir l'ancienne institution, il n'aurait pas manqué de fixer la nature et les effets d'un droit qui avait soulevé tant de difficultés et tant de controverses sur lesquelles plane toujours la plus grande incertitude. Du reste, la preuve de l'abolition de l'emphytéose se dégage nettement des travaux préparatoires du Code. Tronchet, interpellé au conseil d'État, au sujet de l'article 2118 qui énumère les biens susceptibles d'hypothèque, sur la question de savoir si l'emphytéose rentrait ou non dans cette catégorie, répondit :

« Maintenant elle n'a plus d'objet, il est donc inutile de s'en occuper ».

Il est bon de rappeler ici que la jurisprudence reconnaît aux compagnies concessionnaires de nos chemins de fer un droit *sui generis*, analogue à celui de l'emphytéote, et leur accorde, en conséquence, la liberté d'exercer la complainte pour défendre, contre toute entreprise, leur jouissance sur les immeubles compris dans les concessions. (Req. rej., 5 nov. 1867 ; D. 1868, 1, 117).

Devons-nous ranger le communiste parmi les possesseurs précaires ? Dans la pratique, la question s'est posée de la manière suivante : Le communiste qui a exercé pendant plus de 30 ans sur un bien indivis une jouissance séparée, hautement exclusive, reste-t-il malgré cela dans l'impossibilité d'invoquer l'usucapion et doit-il encore obéir à une action en partage ?

Quelques auteurs répondent affirmativement et voici leurs raisons. D'après Pothier, « les cohéritiers sont censés posséder les uns pour les autres et à la charge de s'en rendre compte réciproquement ». (Succession, ch. 4, art. 1, § 1). De Catelan cite dans le même sens un arrêt du parlement de Toulouse qui a refusé au communiste le droit de prescrire parce que la bonne foi des associés ne leur permet pas de prescrire l'un contre l'autre et que l'union qui est entre eux les engage à veiller réciproquement à l'in-

térêt commun (Dunod, p. 99 à 101). Si on ouvre le Code civil, on voit que l'article 816 a été rédigé sous l'empire de ces idées. Il subordonne l'extinction de l'action en partage à deux conditions, savoir : une jouissance séparée et une possession suffisante pour acquérir la prescription. A quoi tendrait cette seconde condition si ce n'était à exiger une interversion de titre ?

Selon nous, ce système serait bon si l'on s'en tenait à une stricte application des principes. Le titre de copropriété étant incapable dans une certaine mesure de transférer la propriété, on devrait dire que la possession du communiste se trouve entachée d'une précarité partielle. Mais on estime généralement que dans l'article 816 les mots — possession suffisante pour acquérir la prescription — n'ont trait qu'à la durée de la possession. Ainsi, la cour suprême a jugé que l'action en partage n'atteint pas ceux des biens d'une succession que l'un des cohéritiers a possédés à titre privatif pendant un temps suffisant pour prescrire (Req. rej., 14 nov. 1871, Sir., 1871, 1, 217 ; Req. rej. 12 déc. 1876. Sir. 1879, 1, 452.)

Avant de clore notre liste des possesseurs précaires, il ne nous reste plus qu'à présenter quelques observations sur le mari envisagé dans ses rapports avec les biens de sa femme.

On accorde au mari sur les biens soumis au régime dotal des pouvoirs plus étendus que ceux de l'usu-

fruitier. C'est ainsi qu'il a qualité pour figurer seul comme demandeur ou comme défendeur, dans toutes espèces d'actions, réelles ou personnelles, immobilières ou mobilières, pétitoires ou possessoires. Le jugement intervenu à son nom lie la femme non seulement pour la jouissance des biens, mais pour la propriété elle-même. Malgré cela, M. Troplong a tort d'enseigner que le titre de dot est resté translatif de propriété comme en droit romain (*Prescription*, tome 2, n° 483). Si grandes que soient les prérogatives du mari, elles ne s'étendent pas jusqu'à la pleine propriété. Plusieurs articles du code civil le démontrent à leur simple lecture (art. 1549, 1551, 1552, 1555 et 1562). Nous concluons donc, sans plus amples développements, que le mari rentre ici dans la catégorie des possesseurs précaires.

Sous le régime de la communauté ou sous le régime exclusif de la communauté, on ne pourrait évidemment pas dire que le mari devient propriétaire des propres de sa femme. Une telle affirmation renfermerait un contre-sens grossier. C'est donc aussi à titre précaire que le mari détient ces biens.

En ce qui touche les biens paraphernaux, la femme s'en réserve l'administration et la jouissance. (art. 1536). Si le mari les occupe après la dissolution du mariage, sa jouissance sera exempte de précarité; s'il les administre pendant le mariage, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, sa possession

sera précaire comme celle de tout mandataire.

La définition de la précarité que nous avons donnée plus haut permettra de vérifier si une possession quelconque est précaire à son début. Mais par quel moyen appréciera-t-on si, à un moment donné, une simple détention n'a pas été convertie en une possession *animo domini*?

Ici la loi place une présomption : Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire (art. 2231). Telle la possession a commencé, telle elle se continue. Dès qu'il paraît un titre qui lui a servi de cause, il faut s'y référer. C'est ce qu'exprime le brocard : *ad primordium tituli posterior semper formatur eventus*. L'intention de maître que le simple détenteur manifeste au cours de sa détention est frappée d'impuissance à moins que la manifestation n'ait lieu d'une façon spéciale sur laquelle nous aurons à nous expliquer plus loin.

Il y a plus : on ne tient même pas compte des transmissions à titre universel. Le titre d'héritier n'opère pas un changement dans la cause de la possession. Cela résulte de cette idée romaine que l'héritier continue la personne juridique du *de cuius*. A Rome, on considère toutes les générations d'une même famille comme une seule personnalité juridique dont les représentants sont divers mais dont le patrimoine est toujours le même. Partant

de ce principe, les jurisconsultes décident qu'entre le défunt et son héritier il y a unité de possession : *possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem*. (L. 30, pr., D., lib. 4, tit. 6). Fatalement les vices de la possession du premier rejaillissent sur la possession du second, sans qu'il y ait lieu d'envisager les sentiments personnels de celui-ci. Dans aucun cas, le nouveau possesseur ne pourra prescrire ce qui était imprescriptible pour son auteur. (L. 11, D., lib. 44, tit. 3).

Pour les successeurs à titre particulier, la solution change. Ce ne sont plus des continuateurs de la personne juridique du précédent possesseur, et par suite ils peuvent, à leur choix, joindre à leur possession celle de leur auteur ou maintenir l'une séparée de l'autre (L. 5, pr., D., lib. 44, tit. 3).

L'antithèse se trouve merveilleusement exprimée lorsque Justinien écrit dans ses Institutes qu'entre le *de cujus* et son héritier *tempora continuantur* tandis qu'entre l'aliénateur et son ayant-cause à titre particulier *tempora conjunguntur* (lib. 2, tit. 6, § 12 et 13).

Ces errements ont passé dans notre ancienne jurisprudence française. Nous les retrouvons exactement dans le traité de Pothier sur la possession : « Les héritiers étant la continuation de la personne du défunt, *suaccessores in universum jus defuncti*, la possession à laquelle ils ont succédé au défunt

est la même possession qu'aurait le défunt, qui continue avec les mêmes qualités et les mêmes vices qu'elle avait lorsqu'elle a commencé... Il n'en est pas de même d'un successeur qui a succédé à une chose à quelqu'un à titre singulier : la possession qu'a ce possesseur, qui procède du titre auquel il l'a acquise, est une possession qui lui est propre, qui commence en sa personne, qui n'est point une continuation de celle que son auteur a eue, et qui ne peut par conséquent en avoir ni les qualités ni les vices, » *De la possession*, n^{os} 33 et 34.

A prendre rigoureusement à la lettre l'article 2235, on croirait que le Code a rompu avec la tradition romaine. Voici en effet ce que porte cet article : « Pour compléter la prescription, *on peut* joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux ». Il semblerait donc que même dans les rapports d'un possesseur et de son successeur universel il y a aujourd'hui, en droit comme en fait, deux possessions distinctes que le nouveau possesseur est libre de joindre ou de séparer, au gré de ses convenances.

On ne doit pourtant pas admettre que l'article 2235 a introduit une innovation. Il ne fait qu'affirmer la transmissibilité de la possession d'auteur à successeur universel ou à successeur particulier.

Voilà son unique objet. Il demeure complètement étranger à la question de savoir si les vices et les qualités de la possession ancienne passent à la possession nouvelle, ou si, au contraire, les divers successeurs peuvent, en répudiant la possession de leur auteur, commencer de leur propre chef une possession indépendante.

Personne n'hésite à affirmer que, de nos jours encore, les conditions de l'accession des possessions varient suivant la célèbre distinction entre les successeurs à titre universel et les successeurs à titre particulier. Dans son exposé des motifs, Bigot-Préameneu s'est clairement expliqué sur ce point : « Le successeur à titre universel de la personne qui tenait la chose pour autrui, n'a point un nouveau titre de possession. Il succède aux droits tels qu'ils se trouvent ; il continue donc de posséder pour autrui et conséquemment il ne peut pas prescrire. Mais le successeur à titre universel et le successeur à titre particulier diffèrent en ce que celui-ci ne tient point son droit du titre primitif du prédécesseur, mais du titre qui lui a été personnellement consenti. Ce dernier titre peut donc établir un genre de possession que la personne qui l'a transmis n'avait pas. Cette règle n'a rien de contraire à celle suivant laquelle nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a. Le titre translatif de propriété, donné par celui qui n'est pas propriétaire, ne transmet pas le droit de propriété :

mais la possession prise en conséquence de ce titre, est un fait absolument différent de la détention au nom d'autrui, et dès lors cette possession continuée pendant le temps réglé par la loi peut établir le droit résultant de la prescription ». (Fenet, tome 15, p. 580 et 581).

S'il pouvait rester des doutes après des explications aussi précises, ils seraient levés par la comparaison des articles 2237 et 2239 du code civil. L'héritier d'un détenteur précaire est lui-même traité comme un détenteur précaire, malgré la preuve de son *animus domini* et même malgré sa croyance d'être devenu propriétaire ; on lui refuse, dans tous les cas, sans aucune exception, la possibilité de prescrire, à moins qu'il ne justifie d'une interversion de titre. Bien au contraire, l'ayant-cause à titre particulier qui reçoit une chose des mains d'un fermier ou d'un dépositaire, en vertu d'un titre translatif de propriété, peut exercer une possession exempte de précarité. L'opposition entre les deux situations ne saurait être mieux marquée.

Au point où nous sommes arrivé, nous dirons, en résumé, que du moment où le vice de précarité s'attache à une possession, il se continue jusqu'au jour où le bien est usurpé par un tiers ou livré à un successeur particulier en vertu d'un acte juridique de nature à transférer la propriété. Encore une fois, lorsqu'il s'agit de mesurer la durée de la précarité, il

ne faut pas s'arrêter aux transmissions à titre universel. Celles-ci n'ont aucun effet, quel que soit leur nombre. Dumoulin a pu dire, sans exagération, que le possesseur précaire ni ses héritiers ne prescrivent jamais, *etiam per mille annos*.

Les successeurs à titre universel sont ceux qui succèdent à l'universalité ou à une quote-part de l'universalité des biens d'une personne décédée. (Aubry et Rau, tome 2, § 175). Rentrent dans cette catégorie :

1° Les héritiers légitimes (art. 724 C. civ.),

2° Les successeurs irréguliers, savoir : l'enfant naturel, les père et mère naturels, les frères et sœurs naturels, le conjoint survivant et l'État (art. 756 à 773 C. civ.).

3° Les donataires de biens à venir, à titre universel (art. 1082-1084).

4° Les légataires universels ou à titre universel (art. 1003-1013).

Selon nous, il y aurait erreur à comprendre dans cette liste la personne à laquelle on a transmis des droits héréditaires par une subrogation sans réserves. C'est en effet un successeur particulier du cédant et non un successeur universel du *de cuius*.

Lors de la confection du code civil, il s'est manifesté une tendance à limiter l'application de l'article 2237 au cas où se perpétue dans la personne de l'héritier la qualité sous laquelle le défunt

occupait la chose. Le projet de la commission du gouvernement, dans son article 19 (art. 2237 du C. civ.), portait que les héritiers, *même ceux de l'usufruitier*, ne pourraient prescrire. Cette rédaction fut l'objet des observations suivantes du tribunal de Rennes : « La commission observe que les mots : *même ceux de l'usufruitier*, doivent être rayés de l'article. Les héritiers de l'usufruitier ne peuvent pas à la vérité se servir de la possession de leur auteur pour prescrire la propriété de l'immeuble dont il avait l'usufruit ; mais, l'usufruit étant éteint, il y a interversion et ils commencent à posséder *pro suo* ; leur possession est donc valable à compter de l'extinction de l'usufruit, à l'effet d'acquérir la prescription. Le tribunal adoptant cette observation est d'avis de la radiation proposée. (Fenet, tome V, p. 403). Les mots ci-dessus ayant disparu de la rédaction définitive, on pourrait être tenté de croire que le législateur a fait droit à la demande du tribunal. Il n'en est rien, cependant. On s'en convaincra en remarquant que l'usufruitier figure dans l'énumération de l'article 2236 à laquelle renvoie l'article 2237. Du reste, en suivant jusqu'au bout le raisonnement des magistrats de Rennes, on serait entraîné à conclure que dans tous les cas la précarité cesse en même temps que le titre dont elle dérive. Si l'extinction de l'usufruit formait à elle seule une interversion de titre, il faudrait en dire

autant de l'expiration du bail, de la cessation de la tutelle, etc.. Ce serait bouleverser toutes les règles de la précarité. Dans notre ancien droit, la question avait déjà été soulevée et on l'avait tranchée contre les héritiers de l'usufruitier. On avait rappelé que, dans la loi 11, D. XLIV, 3, Papinien, tout en admettant l'extinction du *precarium* au décès du rogans, professait que la possession de l'héritier du précariste restait *vitiosa*.

CHAPITRE V.

DES EFFETS DE LA PRÉCARITÉ.

La précarité produit un double effet : d'une part, elle forme pour le détenteur un obstacle à l'acquisition d'une possession juridique ; de l'autre, elle fournit au maître la possession sans qu'une relation matérielle existe entre lui et la chose possédée. « Cette conséquence, dit M. Marinier, découle de la relation juridique engendrée par le contrat ; elle n'est que l'exécution de la volonté des parties : le détenteur n'élève aucune prétention personnelle sur la chose et entend la tenir au nom du maître ; celui-ci n'a point voulu se dépouiller de la possession, mais seulement s'en épargner les inconvénients, en en confiant l'exercice à un représentant ». (Étude sur la possession, *Revue critique*, année 1859, tome 15).

Nos législateurs ne sont pas parvenus à se débarrasser complètement de l'idée qu'à Rome l'expression *possessio precaria* désignait une véritable possession, entachée seulement d'un vice relatif. Il leur est arrivé de mettre, comme le faisaient les juris-

consultes romains dans les formules des interdits, la précarité sur la même ligne que la violence et la clandestinité (art. 2229, C. civ., et art. 23, C. Pr. civ.). Il existe cependant entre elles une différence radicale, la précarité affectant la possession dans son essence même, l'empêchant de naître (art. 2228 C. civ.) tandis que la violence et la clandestinité ne font qu'influer sur ses résultats juridiques. La locution possession précaire renferme deux mots qui aujourd'hui s'excluent l'un l'autre : posséder précairement, c'est ne pas posséder, parce que c'est manquer de l'un des éléments essentiels de la possession, l'*animus domini*. Au lieu de dire dans nos codes que le possesseur précaire ne peut acquérir par prescription, ni même recourir aux actions possessoires, il eût été beaucoup plus simple de dire qu'il ne possède pas du tout.

L'article 2240 du code civil dispose que l'on ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession. Cela signifie qu'un détenteur ne peut, par sa seule volonté, changer sa possession précaire en une possession à titre de propriétaire. A toute époque, le titre reste interprétatif de la possession. Si reculée que soit sa date, il prévaut contre les actes de maîtrise les plus caractérisés, en l'absence d'une interversion légale.

Mais la règle de l'article 2240 ne s'oppose pas à

ce que l'on prescrive contre les obligations que le titre impose (art. 2241). C'est uniquement au point de vue de la possession que le titre générateur de la précarité conserve indéfiniment ses effets. Les obligations qui en découlent s'éteignent au contraire par la prescription libératoire, et le délai de déchéance se calcule du jour de leur exigibilité. Par exemple, le locataire pourra se soustraire au paiement des loyers, cinq ans après leur échéance.

Ce n'est pas non plus prescrire contre son titre que de prescrire au delà. Rien n'empêche une personne d'invoquer l'usucapion quand elle a possédé pendant 30 ans une plus grande étendue de terrain que celle qui lui était attribuée par son acte d'acquisition. En pareil cas, l'acquéreur ne change pas la cause de sa possession, il ne fait qu'en éloigner les limites.

En droit romain, nous avons vu que la possession précaire était impuissante à conduire à l'usucapion, mais qu'elle ouvrait la voie des interdicts possessoires contre tout le monde, hormis le concédant. Chez nous, la précarité dénote un vice absolu, même en ce qui concerne les actions possessoires. Si le titre de votre possession est précaire, il me sera permis de m'en servir contre vous, bien qu'il soit pour moi *res inter alios acta*. Un tiers vous-a-t-il livré un domaine à titre de fermier ? Dans un débat sur la possession, je pourrai vous opposer votre contrat de bail, non dans le but de me prévaloir de ses clauses, mais afin de

montrer que vous n'êtes pas un véritable possesseur.

Suivant l'article 6 de la loi du 25 mai 1838 sur la compétence des juges de paix, il existe trois actions possessoires : la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre et la réintégration.

Personne n'a jamais contesté que la complainte exige du demandeur la preuve d'une possession à titre non précaire.

Quant à la dénonciation de nouvel œuvre, elle se présente dans notre législation avec des caractères très indécis. Ni les coutumes, ni l'ordonnance de 1667, ni les codes n'en parlent ; la loi de 1838 est le seul texte de loi qui en fasse mention (1). Suivant l'opinion la plus accréditée, celle vers laquelle penche la jurisprudence, cette action ne se sépare de la complainte que sous un seul rapport : elle peut être formée à raison d'un trouble simplement éventuel, tandis que la complainte ne peut l'être qu'à raison d'un trouble actuel ; elle a pour but de faire suspendre des travaux commencés par un voisin sur son propre

(1) La dénonciation de nouvel œuvre a été introduite dans notre droit par nos auteurs de coutumiers qui en ont fait une action possessoire, action bien distincte de *l'operis novi nunciato du Digeste*. Sans être tenu, comme il l'était à Rome, de prendre le rôle de demandeur au pétitoire, le dénonçant peut faire maintenir son opposition pourvu qu'il prouve que, par leur achèvement, les travaux dont il se plaint porteraient atteinte à sa possession annale. *Dig.*, lib. 39, tit. 1. — Boutellier, *Somme rurale*, liv. 2, ch. 32 — *Coutumes d'Anjou et du Maine*, art. 1054, publiées par Beaupré, tome 2.

fonds, travaux qui dans l'état ne troublent pas la possession, mais qui produiraient ce résultat si leur achèvement s'opérait. (Req. rej., 4 février 1856, Sir. 1856, 1, 433 ; Glasson sur Boitard et Colmet-Daage, *Traité de la procédure civile* ; Aubry et Rau, tome 2, § 188.

La difficulté devient plus sérieuse quand il s'agit de tracer une ligne de démarcation entre les conditions constitutives de la complainte et celles de la réintégrande. A coup sûr, les deux actions se distinguent par la nature du fait qui les met en mouvement, la première n'exigeant qu'un simple trouble, la seconde nécessitant une dépossession par violence. Mais une grave controverse s'élève sur le point de savoir si elles obéissent à des règles communes quant aux qualités de la possession du demandeur.

Nos plus anciens documents législatifs sur les actions possessoires en droit français remontent à la fin du XIII^e siècle. A cette époque, on tolérait que le spolié se fit justice à lui-même, en reprenant sa chose par la force ou en s'emparant d'un bien du spoliateur. Par ordonnance royale de 1270, cet usage fut aboli, parce que c'était droitement mouvement de haine et de mortelle guerre, dit Beaumanoir. St-Louis fit passer dans le droit civil cette maxime de droit canonique : *spoliatus ante omnia restituendus est*. Dès lors, la victime d'une spoliation dut aller vers le juge qui ordonnait la restitution

sans apprécier au fond les droits des parties à la possession de la chose litigieuse.

Beaumanoir distinguait les cas de trouble sans dessaisine des cas de dessaisine par violence (chapitre 32).

Dans la complainte, en cas de saisine et de nouvelleté, c'est-à-dire en cas de trouble nouvellement fait à la saisine, chaque partie tendait à se faire reconnaître la possession d'an et jour. Le perdant ne conservait pas d'autres ressources que d'agir au pétitoire.

Dans la réintégrande (*remedium spoli*), en cas de dessaisine par violence, toute détention, grande ou petite, bonne ou mauvaise, eût-elle été acquise par un méfait digne de la hart, donnait droit à la restitution. L'action ne préjugait rien sur la possession ; elle laissait intacte la faculté d'agir ultérieurement en complainte si le perdant pouvait justifier d'une possession annale (1).

(1) Pour faire une analyse complète du système de Beaumanoir, nous devrions dire que l'auteur du coutumier de Beauvoisis opposait au cas de dessaisine par violence non-seulement le cas de saisine et de nouvelleté, mais encore celui de dessaisine sans violence. Ces deux derniers cas différaient en ce que le second donnait lieu à une procédure d'applègement et de contre applègement qui n'existait pas dans l'autre. Mais de Laurière nous indique dans son commentaire sur la coutume de Paris (art. 96) que cette distinction fut effacée au XIV^e siècle par un premier président au Parlement : « Messire Simon de Bucy introduisit le premier que celui qui serait expulsé de son bien n'en perdrait que la possession de fait

Il est donc incontestable qu'au moyen-âge la plainte et la réintégrande différaient profondément dans leur nature. Seulement la distinction a-t-elle persisté ? Chacun de ces deux voies de recours a-t-elle conservé son originalité ? Là naît le dissentiment.

Nous trouvons la doctrine de Beaumanoir reproduite dans les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 1835 : « En ne permettant l'action possessoire qu'à ceux qui sont eux-mêmes en possession depuis une année au moins, l'article 23 du Code de procédure civile ne peut être entendu que des actions possessoires ordinaires, et non de l'action en réintégrande, dont il ne parle pas, action dont le mot et la chose ne se trouvent que dans l'article 2060 C. civ., à propos de la contrainte par corps, action particulièrement introduite en faveur de l'ordre et de la tranquillité publique, action sans influence sur les droits respectifs des parties et qui

et qu'il en conserverait la saisine. Il établit ce principe que la force et ce qu'on appelait dessaisine, seraient regardés comme nouvelletés ou nouveaux troubles, et dans tous ces cas on agirait pour être maintenu dans sa possession et saisine, de sorte que depuis Messire Simon de Bucy il n'y a point eu en France d'autre plainte que celle en cas de saisine et de nouvelleté » De nos jours encore, il est certain que le mot trouble de l'article 23 du code de procédure civile embrasse aussi bien une dépossession entière qu'une simple atteinte à la possession. La seule question qui divise nos auteurs modernes est celle de savoir si ce mot s'entend seulement de la dépossession sans violence ou aussi de la dépossession par violence.

n'exclut même pas le droit de la partie condamnée d'agir au possessoire, une jouissance matérielle, une possession naturelle et actuelle au moment de la violence suffisant pour autoriser l'action en réintégrande contre l'auteur d'une voie de fait grave et positive et d'une dépossession par violence » (Sir. 1835, 1, 413). La jurisprudence ne s'est jamais écartée de ce système. Pour elle, la réintégrande n'a jamais été une action possessoire proprement dite à laquelle on puisse appliquer l'article 23 du C. pr. civ. C'est encore à ses yeux une action personnelle en restitution, une action *in factum*, qui n'entame pas la liberté de discuter à qui appartient la qualité de possesseur. De nombreux arrêts décident tous que la réintégrande requiert seulement une simple détention : peu importe que cette détention soit précaire et non annale, pourvu qu'elle soit paisible et publique. (Req. rej., 14 mars 1876, Sirey, 1876, 1, 266. Civ. cass., 27 février 1878. Sirey, 1878, 1, 216. — Req. rej., 20 juillet 1880. Sirey, 1882, 1, 215).

Selon nous, la jurisprudence se méprend sur l'histoire de la réintégrande. A l'époque de la rédaction des codes, il y avait longtemps que nos juristes, sous l'influence du droit romain, s'étaient écartés du droit canonique. Devenue une action possessoire dans le sens vrai du mot, notre action s'était identifiée avec la complainte. Vainement nous dira-t-on qu'à toutes les périodes de l'histoire de

notre législation, nous rencontrons le mot réinté-grande, soit dans les traités sur la possession, soit dans les lois elles-mêmes. Nous refusons de conclure de là que l'action a conservé les caractères qu'elle avait autrefois. Cette expression ne signifie plus qu'une complainte exercée dans le cas spécial d'une déposssession par violence. C'est en ce sens qu'elle figure dans l'ordonnance de 1667, (tit. 18, art. 2), dans l'article 2060 du Code civil et enfin dans l'article 6 de la loi du 25 mai 1838. Ecoutez Pothier à cet égard : « on appelle action en réinté-grande l'action de complainte lorsqu'elle se donne pour le cas de force et de dessaisine, c'est-à-dire dans lequel le possesseur n'est pas seulement troublé, mais a été entièrement dépossédé par violence ». (*De la possession*, n° 106). Ailleurs, le célèbre juris-consulte nous avertit que nous ne devons dans aucun cas délivrer la réintégrande à un fermier, c'est-à-dire à un possesseur précaire quelconque : « L'action de réintégrande étant l'action qu'a celui qui a été dépossédé et n'y ayant que celui qui possédait qui puisse être censé avoir été dépossédé, il s'ensuit que lorsqu'un fermier a été chassé par violence d'un héritage qu'il tenait à ferme, il peut bien avoir une action *in factum* contre celui qui a exercé la violence, pour réparation du tort qu'il lui a causé, mais il ne peut pas intenter l'action de réintégrande (L. 1, § 10, D., *de vi*) ; car ce n'est pas lui qui possé-

dait l'héritage ; ni par conséquent lui qui en a été dépossédé ; c'est celui de qui il tenait à ferme qui en était le possesseur et c'est lui seul qui a droit d'intenter l'action de réintégrande ». (*De la possession*, n° 115). Presque tous les interprètes des coutumes s'expriment de la même manière. (Ferrière, *Commentaire de la Coutume de Paris*, tome 1, sur l'art. 96, n° 21 ; Argou, *Institution au droit français*, tome 1, lib. 2, ch. 9 ; Duparc-Poullain, *Principes de Droit français*, tome 10, p. 706 et 707 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, tome 2, p. 510). Sous les deux mots complainte et réintégrande, ces auteurs ne voient plus qu'une seule action soumise à la condition d'une possession *animo domini* (1).

Parmi les commentateurs modernes, M. Glasson professe que la réintégrande se distingue encore de la complainte en ce qu'elle n'exige pas une possession annale. Nous n'avons pas à examiner ce point spécial. Qu'il nous suffise de constater que notre éminent maître prête son autorité à la solution que nous défendons ici sur le rôle de la précarité. (Glasson,

(1) Si le mot *réintégrande* n'a pas disparu, cela nous semble tenir uniquement à ce qu'avant la loi du 23 juillet 1867, l'auteur d'une dépossession par violence était passible de la contrainte par corps, résultat qui ne se produisait pas à propos d'une dépossession sans violence ou d'un simple trouble. — Pothier, *Traité de la procédure civile*, v° partie, chap. I, n° 692, 2° — art. 2060, 2°, Code civil.

sur Boitard et Colmet Daage, *Traité de la procédure civile*).

A notre avis, le possesseur précaire n'est recevable à intenter aucune des actions possessoires qui sont mentionnées dans l'article 6 de la loi du 25 mai 1838. L'exception de précarité peut dans tous les cas lui être opposée. Mais une autre difficulté se présente. Lorsqu'une contestation porte sur la clandestinité ou sur la violence d'une possession, on se trouve en présence d'une pure question de fait sur laquelle le juge sera souvent suffisamment éclairé par l'état des lieux ou par les faits accomplis dans la dernière année. Il en est autrement quand le désaccord porte sur la précarité. Alors il ne s'agit plus seulement de s'enquérir si, en fait, une personne a réellement voulu posséder pour son compte et si elle a manifesté cette intention par des actes extérieurs. Il faut, en outre, rechercher si, en droit, il y a lieu de tenir compte de son *animus domini*, ce qui revient à se demander si la possession dérive d'un titre habile par sa nature à transférer la propriété. Naturellement on ne saurait trouver à ce sujet aucun élément de conviction en dehors des titres. Or, le juge de paix pourrait-il consulter les documents respectivement produits pour apprécier le caractère juridique des actes articulés devant lui ? En se livrant à cet examen, restera-t-il dans les limites de sa compétence de simple juge du possessoire ? Il faut répondre oui. Que veut dire

en effet la règle qui interdit le cumul du possessoire et du pétitoire? Deux choses, d'après M. Rau : la première, que le juge du possessoire ne peut statuer sur la possession par des motifs exclusivement tirés du fond du droit, sans constater, en fait, l'existence ou la non-existence de la possession, avec les caractères exigés par la loi ; — la seconde, qu'il ne doit pas préjuger le pétitoire par le dispositif de son jugement, par exemple, en maintenant le demandeur dans la possession trentenaire ou immémoriale. (Rapport sur l'arrêt du 9 janvier 1872 ; Sirey, 1872, 1, 225). En conséquence, cette règle n'empêche pas le juge de paix de s'aider de tous les titres qui sont mis à sa disposition pour déterminer la nature de la possession litigieuse. Ce qu'il ne peut pas faire, c'est de puiser dans ces titres la preuve de la possession elle-même ou de rejeter la demande sur l'unique motif que l'auteur du trouble n'a fait qu'user de son droit.

D'ailleurs, vous remarquerez que la sentence rendue au possessoire n'a pas au pétitoire l'autorité de la chose jugée, même quant aux caractères de la possession. Ainsi, il peut arriver que les juges du pétitoire déclarent simple détention précaire, incapable de servir de fondement à l'usucapion malgré sa durée trentenaire, une possession que le juge de paix a considérée comme s'étant exercée à titre de propriétaire et a fait respecter par la complainte (Req. rej. 28 déc. 1857, Dalloz, 1858, 1, 113).

SECTION II.

Dans notre ancienne jurisprudence, on maintenait corrélativement les deux effets de la précarité que nous avons signalés au début de ce chapitre. Aussi longtemps que durait pour le détenteur l'impossibilité de prescrire, le maître conservait les avantages de la possession. « Quand même, dit Pothier, celui qui a commencé d'être en possession pour moi et en mon nom, changerait de volonté et aurait la volonté de ne la plus détenir en mon nom, mais au sien, il serait toujours censé la détenir en mon nom, et je continuerais de posséder par lui mon héritage ». *De la possession*, n° 60.

Cette corrélation a-t-elle disparu sous l'empire du Code ? M. Marinier l'affirme (*Revue critique*, année 1859). Dans cette doctrine, le locataire par exemple cesse de posséder pour le compte du bailleur dès l'expiration du bail ou même avant cela, à partir du jour où ses actes dénotent clairement l'intention de ne plus prêter son ministère à la possession d'autrui. Voici sur quels aperçus le savant auteur base son opinion : « Pour pouvoir posséder par autrui, il faut que le représentant se pose comme agissant au nom du représenté, et qu'en outre une relation juridique existe entre ces deux personnes. Or, dans l'espèce,

l'ex-preneur ne se pose plus comme agissant au nom du bailleur ; aucun lien juridique n'existe plus entre eux puisque le bail a cessé d'exister. De ce que je ne peux posséder en mon nom, il s'ensuit uniquement que la loi ne tient aucun compte de mon changement de volonté s'il ne constitue pas une interversion. Mais l'absence d'*animus domini* de ma part ne suffit pas pour qu'un tiers puisse se prévaloir de mes actes, il faut qu'un certain rapport existe entre nous deux. Or c'est précisément ce qui fait défaut dans l'espèce. On ne peut donc pas suppléer au silence de la loi sur la conservation de la possession du maître par la disposition de l'article 2240. Autre chose est de se voir à l'abri de toute exception de prescription de la part d'un preneur, autre chose de conserver malgré sa propre négligence une possession qui ne pourrait se concevoir que par une fiction exagérée de la loi. Dans un cas, on demande à ne pas perdre sa propriété, dans l'autre on veut acquérir, car tel est l'effet de la prolongation de la possession ; ces points sont donc bien distincts, et si l'on peut s'expliquer comment le législateur a consacré le premier autant en haine du détenteur infidèle que par faveur pour le maître, il n'en est pas de même du second. »

Ce raisonnement ne manque pas de force. Toutefois nous croyons qu'il est réfutable et que l'opinion contraire doit être préférée. A notre sens, l'arti-

de 2231 prouve que les rédacteurs du code sont restés fidèles à la tradition de notre ancien droit. Cet article est ainsi conçu : Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire. Nous sommes prêt à reconnaître qu'on n'a voulu trancher ici qu'une question de preuve. Mais le langage du législateur n'en est pas moins significatif. Il n'est pas moins vrai que la loi déclare que le possesseur précaire *continue à posséder pour autrui*, jusqu'à la preuve du contraire. M. Marinier nous objecte que les derniers mots du texte sont généraux et que la preuve dont il est question résultera dans notre hypothèse de la production d'un congé ou de l'expiration du bail. Nous affirmons en sens contraire, avec la majorité des auteurs, qu'ils se réfèrent uniquement à une interversion de titre qui doit être réalisée conformément aux prescriptions de l'article 2238. Dans une matière comme celle de la possession où la tradition historique a conservé tant de force, nous ne sommes pas enclin à supposer que les rédacteurs du code aient procédé par voie de simple prétérition quand ils ont voulu abandonner les errements des siècles précédents. Quiconque lira sans parti pris l'ensemble des dispositions du code civil sur la précarité sera persuadé que les principes des lois anciennes ont passé dans la loi nouvelle. Il faut tenir pour certain que les rapports du preneur et du bailleur,

à les considérer exclusivement au point de vue de la possession, restent à toute époque ce qu'ils étaient au premier jour. Le contrat ne s'éteint jamais ; il subsiste continuellement pour faire la loi de la possession.

On aperçoit sans peine l'importance de l'intérêt pratique qui s'attache à la controverse que nous venons de résoudre. Si M. Marinier avait raison, nous devrions conclure que le délai de déchéance des actions possessoires commence à courir contre le bailleur dès la fin du bail. Nous refusons au contraire de faire courir ce délai d'un an tant que le preneur n'a pas changé la cause de sa détention ou tant qu'un tiers n'a pas pris possession de la chose. En dehors de ces deux circonstances, le bailleur possède toujours et par une conséquence nécessaire il doit toujours triompher dans l'action en complainte, ce qui le dispense d'intenter l'action résultant du bail ou la revendication, pour reprendre sa chose.

D'autre part, nous n'avons pas besoin d'insister sur l'utilité que le bailleur aura parfois à pouvoir prétendre que sa possession n'a pas été interrompue et que par suite la prescription acquisitive s'est accomplie à son profit, soit qu'il ait à se défendre contre une revendication, soit qu'il veuille agir lui-même en revendication contre un nouveau possesseur.

Dans le même ordre d'idées, nous observerons qu'il n'y a pour nous aucune difficulté à décider que

le bailleur retient perpétuellement la faculté de réclamer sa chose tant qu'il la voit au pouvoir du preneur ou de ses successeurs universels. En effet, si on admet que, suivant une fiction de la loi, le maître est censé exercer toujours une possession active par l'entremise du possesseur précaire, plus ce maître tardera à intenter sa revendication, plus sa qualité de propriétaire paraîtra incontestable. Les recueils de décisions judiciaires rapportent un arrêt fameux du Parlement de Paris, en date du 21 avril 1551, par lequel la reine Catherine de Médicis se fit rendre la seigneurie de Clermont, quoiqu'il y eût plusieurs siècles que les prélats de cette ville la possédaient librement (Voir aussi, Riom, 28 mai 1810, Sir., 1811, 2, 322; Civ. Cass., 6 juin 1833, Sirey, 1833, 1, 760. Jugement du 31 juillet 1874, *Journal le Droit* du 5 sept. 1874.)

Que si on part d'un principe différent du nôtre et qu'on estime que dès la fin du bail le bailleur cesse de posséder, on se heurte à la question suivante : L'action en revendication ne va-t-elle pas s'éteindre par le non-usage trentenaire en même temps que l'action personnelle en restitution née du titre précaire ? Cette thèse a été développée récemment devant la Cour de cassation par M. l'avocat général Robinet de Cléry (Dalloz, 1880, 1, 145 et suiv). Les motifs de l'honorable magistrat vont nous arrêter quelque temps.

L'article 2262 du Code civil, dit-il, porte que « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par 30 ans ». Cela veut dire que toutes les actions, quelles qu'elles soient, l'action en revendication aussi bien que les autres, sont prescriptibles par la seule expiration du délai de 30 ans. Certainement, l'inaction suffit pour anéantir le droit du créancier ; or, la loi ne met pas d'autres conditions à la perte du droit du propriétaire. Il existe une prescription extinctive pour la propriété comme il en existe une pour les droits personnels ou pour les servitudes. Les termes de notre article ne laissent place dans leur généralité à aucune distinction ni à aucune exception : toutes les actions réelles ou personnelles sont soumises au même régime. D'ailleurs il n'y a rien d'extraordinaire à ce que le droit de propriété se perde plus facilement qu'il ne s'acquiert. La législation romaine contenait des dispositions analogues. Sous l'empire de la constitution de Théodose (L. 3, C. VII, 39.) le propriétaire n'abandonnait pas impunément à autrui la jouissance de sa chose. Quand sa négligence avait duré 30 ans, son action en revendication était paralysée sans qu'on eût à rechercher si le possesseur réunissait toutes les conditions nécessaires pour invoquer l'usucapion. Au surplus, les rédacteurs du Code civil ont déclaré en termes explicites qu'ils entendaient rejeter toute distinction entre les actions

réelles et les actions personnelles. « Les actions réelles, disait l'orateur du Tribunal au Corps législatif, se prescrivaient ici par 30 ans, ailleurs par 40, et dans quelques lieux par 20 et même par 10 ans. Il y avait encore plus de variations relativement à la prescription des actions personnelles, et elles recevaient beaucoup de modifications et d'exceptions. Si le laps de temps pour opérer la prescription n'eût pas été le même pour les actions réelles et personnelles, cette distinction aurait conduit à définir quelles actions sont réelles et quelles actions sont personnelles ; il eût été nécessaire de statuer sur la durée de la prescription dans le cas où les actions seraient mixtes. L'uniformité devait être établie dans cette partie de la législation du peuple français comme dans les autres ».

Cette explication est ingénieuse, mais elle ne résiste pas à un examen attentif. Oui, sans doute, les termes de l'article 2262 sont trop généraux pour qu'on laisse une action quelconque en dehors de sa sphère d'application. Mais en quoi consiste cette confusion de toutes les actions ? Selon nous, tout ce que signifie notre article, c'est que le délai ordinaire de la prescription est fixé à 30 ans. Il ne tranche qu'une question de délai. La rubrique du chapitre où il figure le prouve : Du temps requis pour prescrire. Relisons les travaux préparatoires et nous allons voir que notre version s'en dégage avec la

plus grande netteté. *Si le laps de temps pour opérer la prescription n'eût pas été le même pour les actions réelles et personnelles, etc...* Le laps de temps pour opérer la prescription ! Tel est ici le seul objet des préoccupations de nos législateurs qui n'ont fait que substituer un délai uniforme aux délais multiples qui variaient suivant les voies de recours et suivant les provinces. Au lieu de former une condition suffisante pour la prescription de toute action, le délai de 30 ans n'apparaît que comme une condition nécessaire. Se prescrire par 30 ans ou s'éteindre par la seule expiration du temps, ce ne sont pas là deux locutions synonymes. On nous accordera que les rédacteurs du Code ont parlé le langage de leur temps. Eh bien ! un de leurs contemporains, Merlin, après avoir écrit que l'action en revendication se prescrit par 10 ans, ajoute que le défendeur doit justifier d'une possession qualifiée : « Régulièrement les actions réelles, c'est-à-dire celles qui ont pour objet la revendication d'un immeuble ou la maintenue définitive dans un droit de servitude se prescrivent par 10 ans entre présents. Cette prescription exige juste titre et bonne foi ». (Rép. de jurisp., v^o prescription, section 2, § 13).

L'erreur dans laquelle est tombé M. Robinet de Cléry nous paraît tenir à ce qu'il n'a pas saisi que le mot prescription est employé dans le code avec un double sens. D'après la définition de l'article

2219, la prescription constitue un moyen d'acquiescer ou un moyen de se libérer. C'est un terme générique qui embrasse tout à la fois l'usucapion et la prescription libératoire. En transportant cette notion à l'article 2262, nous le traduirons en disant que les deux moyens réunis anéantissent toutes les actions au bout de 30 ans, l'usucapion se rapportant à l'action en revendication, et la prescription libératoire aux autres actions. La preuve que cette disposition a trait à la prescription acquisitive en même temps qu'à la prescription extinctive résulte implicitement de sa formule elle-même. Quand on lit que celui qui allègue la prescription trentenaire n'est pas obligé de rapporter un titre, cela ne peut s'entendre que de la prescription acquisitive puisque la prescription extinctive ne demande jamais de titre. Nous sommes donc convaincu que nous devons encore nous en tenir au principe traditionnel suivant lequel le droit de propriété, ou l'action en revendication dont elle est la sanction, ne s'éteint pas par le non usage mais seulement par une possession contraire ayant tous les caractères requis pour l'usucapion. Du moment qu'aux termes de l'article 544, le droit de propriété est le droit de disposer de la chose d'une façon absolue, le propriétaire peut à son gré en user ou ne pas en user. La liberté qu'il a de jouir ou de ne pas jouir de son bien représente une pure faculté qui échappe

aux effets de la prescription extinctive. (Arrêt de la Cour de cass. belge du 3 juin 1875. — Pasierrie 1875, p. 279. — Laurent, tome 32, n° 8).

Nous ajouterons que M. l'avocat général s'est trompé en affirmant que sa doctrine avait plusieurs fois servi de règle à notre Cour de cassation.

Tout d'abord, il n'y a pas lieu de nous opposer les arrêts du 8 novembre 1842, du 11 novembre 1845, et du 3 janvier 1849; car, en prononçant que « la prescription anéantit toutes les actions tant réelles que personnelles », ces arrêts n'ont fait que reproduire l'article 2262 sans l'expliquer en aucune façon.

Quant à l'arrêt du 30 mars 1870 (D. 1870, 1, 345), ses motifs renferment la proposition suivante : « La prescription étant un moyen de se libérer aussi bien que d'acquérir par un certain laps de temps, il en résulte que toutes les actions tant réelles que personnelles s'éteignent par un défaut d'exercice durant un laps de temps que la loi a fixé à 30 ans ». Nous avouons que cela constituerait un grave préjugé contre nous si les juges avaient eu à statuer dans l'espèce sur l'extinction d'un droit de propriété; mais il s'agissait d'un droit de fouille dans une carrière, et quelle que fût la nature de ce droit, simple créance ou servitude grevant la chose d'autrui, la Cour devait dans un cas comme dans l'autre en reconnaître la déchéance par le non-usage.

Il faudrait que l'on nous [montrât un arrêt [qui

attribue au non-usage le pouvoir de briser le droit de propriété lui-même. On nous dit bien qu'un arrêt du 21 décembre 1858 (D. 1863, 1, 28) a précisément permis à la commune de Lannemezan de repousser, au moyen d'une simple exception de prescription extinctive, une action en revendication de bois et de landes. Mais nous remarquons que le triomphe de cette commune a reposé sur un titre de propriété (procès-verbal de délimitation dressé contradictoirement entre les parties, en 1684), et non sur l'inaction prolongée du demandeur. Celui-ci ayant cherché à écarter le procès-verbal sous le prétexte d'un erreur d'attribution des terrains litigieux, la Cour de cassation n'a pas fait droit à sa requête parce que l'action en nullité du contrat pour cause d'erreur était depuis longtemps prescrite. C'est cette action en nullité qui a été frappée par la prescription libératoire et non l'action en revendication qui, elle, est venue se briser contre le titre consolidé. Voici les considérants de l'arrêt : « Attendu que l'arrêt attaqué a fait une confusion entre deux prescriptions de nature toute différente ; — que la prescription opposée par la commune de Lannemezan n'est pas la prescription à l'effet d'acquérir les ténements litigieux par suite de la possession de ces ténements, prescription pour laquelle il faudrait, aux termes de l'article 2229 du code nap., une possession paisible, publique, continue et non

équivoque, mais la prescription à l'effet de se soustraire à la rectification et à la modification de l'acte de délimitation de 1684 qui lui conférait la propriété de ces ténements litigieux ; que cette sorte de prescription s'accomplit par la seule expiration du temps, sans autre condition, et notamment sans qu'il soit nécessaire que le porteur de cet acte, qui excipe de cette prescription, pour faire maintenir contre la proposition d'erreur, son droit de propriété sur les terrains en litige, justifie de sa possession exclusive sur ces objets, etc. ».

Ces observations faites, on nous permettra de manifester notre étonnement que le savant magistrat ait cru que son système était consacré par la jurisprudence. Il y a là une méprise surprenante, car souvent nos juges ont eu recours à l'imprescriptibilité de la revendication pour limiter le champ d'application de l'article 706 du Code civil.

Un propriétaire en concédant sur son immeuble un droit de passage s'était réservé dans le contrat la faculté d'élever des constructions au-dessus du terrain destiné au passage. Pour décider si cette faculté était prescriptible par le non-usage, les conseillers de la cour de Rouen ont examiné si le concédant avait transmis la propriété du chemin en ne se réservant qu'une servitude *in alieno loco*, ou bien s'il avait retenu la propriété en n'aliénant qu'une servitude de passage. Le second terme de l'alternative ayant pré-

valu, ils ont jugé qu'il fallait écarter les articles 706 et 2262 puisqu'il s'agissait « de la prescription d'un droit qui, quoique modifié et altéré, n'en reste pas moins un droit de propriété dont la perte ne peut résulter du non-usage pendant 30 ans, mais seulement d'une possession contraire réunissant tous les caractères exigés par le droit commun, pour faire acquérir la prescription d'un droit de propriété. (Rouen, 14 juin 1843 ; Sirey, 1843, 2, 519).

Un tréfoncier prétendait que le droit de superficie portant sur les produits ligneux d'une forêt était susceptible de s'éteindre par le non-usage. La discussion des plaideurs s'est concentrée sur la question suivante : Le droit de superficie représente-t-il simplement une servitude sur la chose d'autrui ou bien forme-t-il un droit corporel, un droit dans la propriété même ? La cour de Besançon a considéré le droit en litige comme un véritable immeuble corporel. Partant de là, elle n'a pas hésité à juger que le droit de superficie est imprescriptible. Les motifs de son arrêt sont très précis et très significatifs : « Considérant que la superficie formant une propriété, un immeuble par nature, le droit du superficiaire n'est pas prescriptible par le non-usage ; — que le propriétaire conserve sa chose, même sans acte de jouissance, si des tiers ne s'en sont pas emparés et ne l'ont pas possédée légalement ; — qu'ainsi il n'y a lieu à application ni de l'article 2262 C. nap., ni des dispositions spéciales

des articles 617, 623 et 706, qui d'ailleurs créent des déchéances qu'on ne doit pas étendre par analogie ; que la commune ne pourrait opposer que la prescription acquisitive ; qu'elle n'en a pas excipé et que la prescription libératoire fait seule l'objet du débat ; — rejette la fin de non-recevoir, déclare mal fondée l'exception de prescription, dit qu'il s'agit dans la cause d'un droit de superficie constituant non un droit incorporel, mais un droit de propriété qui n'a pu se prescrire au profit de la commune par le non-usage ». (Besançon, 12 déc. 1864 ; Sirey, 1865, 2, 197). Cet arrêt a été confirmé par la chambre des requêtes qui atteste à son tour que le droit de propriété ne peut tomber que devant une prescription contraire acquise par des tiers. (Req. rej., 5 nov. 1866 ; Sirey, 1866, 1, 441. Voir aussi req. rej. 13 juin 1865. D. 1865, 1, 447.)

Voilà des décisions qui ne permettent guère de douter qu'en pratique l'action en revendication ne se prescrit pas par le seul fait du propriétaire d'avoir négligé d'user de son droit pendant 30 ans.

Donc, même aux yeux des auteurs qui professent que le maître cesse de posséder dès qu'arrive l'époque fixée pour la restitution de la chose détenue précairement, il est vrai que le possesseur précaire ou ses successeurs universels sont continuellement passibles de la revendication tant qu'ils détiennent cette chose.

Notons enfin que, dans certains cas, l'imprescriptibilité de la revendication offrira au maître une garantie sérieuse contre les tiers qui ont pris la chose des mains du simple détenteur. En effet, si on suppose plusieurs possessions successives ayant duré chacune moins de 30 ans et n'ayant pas de lien entre elles, le propriétaire ou ses héritiers auront pendant des siècles peut-être le droit de réclamer leur bien.

SECTION III.

Nous venons d'exposer les raisons qui établissent que le propriétaire peut revendiquer sa chose aussi longtemps qu'elle demeure chez le possesseur précaire.

Suivant plusieurs jurisconsultes, ce résultat de la règle : on ne prescrit jamais contre son titre, ne serait vrai que pour les immeubles.

Quant aux meubles, la maxime de l'article 2279 rendrait impossible toute action en revendication, en dehors des cas de perte ou de vol. Les propriétaires disposeraient seulement d'actions personnelles en restitution contre les détenteurs précaires, actions prescriptibles par le non-usage trentenaire.

Cette proposition a un corollaire : Le possesseur d'un meuble n'ayant pas à craindre de revendication, il lui est inutile d'invoquer la prescription acqui-

sitive, d'où il suit que pour la fortune mobilière le code n'admet ni revendication ni usucapion.

Nous empruntons à MM. Aubry et Rau l'exposé de ce système : « En fait de meubles, la possession vaut titre. En d'autres termes, la possession engendre instantanément et par elle-même en faveur du possesseur d'une chose mobilière, une présomption de propriété à l'aide de laquelle il peut repousser toute action en revendication, et qui est en général absolue et irréfragable. (Arg. art. 1352. cbn. 2279, al. 2). Il suit de là que l'action en revendication n'est point, en règle, recevable en fait de meubles ». (tome 2, § 183).

Ce système remonte à la législation germanique. Les Germains connaissaient la propriété mobilière, mais chez eux elle n'était pas protégée d'une façon aussi forte qu'à Rome. Tandis que les jurisconsultes romains établissaient une distinction savante entre les actions réelles et les actions personnelles et accordaient au propriétaire, en raison même de sa qualité, un recours contre tout détenteur de sa chose, les rédacteurs de nos vieilles coutumes, impuissants à concevoir le droit d'une façon abstraite, se bornaient à organiser quelques procédures parmi lesquelles ne figurait pas la revendication proprement dite. Pour remédier aux atteintes portées à la fortune mobilière, les lois de ces temps distinguaient si le propriétaire s'était volontairement des-

saisi de son meuble en le remettant à un emprunteur ou à un dépositaire, ou s'il avait cessé malgré lui de le posséder. Dans le premier cas, le propriétaire agissait contre l'emprunteur ou contre le dépositaire, par la procédure *de re præstita* ou par la procédure *de fide facta*, sans pouvoir suivre son bien entre les mains du tiers-acquéreur ; suivant un adage, c'était où on avait laissé sa foi qu'il fallait aller la chercher. Dans le second cas, il pouvait réclamer sa chose au voleur, ou à l'inventeur qui n'avait pas rempli certaines formalités de publicité, au moyen d'une action *ex delicto*, l'action de vol, qui fut remplacée plus tard par celle de chose emblée et par celle de chose adirée. Ces voies de recours avaient cela de commun qu'elles ne protégeaient pas le droit de propriété par lui-même. Il ne suffisait pas que le demandeur démontrât son droit dans la chose ; il fallait qu'il établît que le meuble lui avait échappé contre son gré. La question posée au juge était celle-ci : y a-t-il eu perte ou vol ? « Se aucuns requiert une chose comme seue et ne dit plus, notre usage ne reçoit mie tel claim, se la partie ne le reçoit par sa volenté : més s'aucuns requiert aucune chose qui soit seue, il doit dire : je requier cele chose comme moie qui m'as été mal tolue, ou que j'ai desmanée (qui est sortie de ma main) ou autre reson par quoi elle parti de lui outre son gré ». (Pierre de Fontaines, conseils à un amy, ch. 12, n° 3, édition Marnier. Voir aussi *Loi salique*,
11

tit. 39 et 49 ; *Loi ripuaire*, tit. 35 ; *Assises de la Cour des Bourgeois*, ch. 252, édition Beugnot ; *Établissements de St-Louis*, lib. 2. ch. 18, édition Violette ; *Assises de la Haute Cour de Jérusalem*, ch. 131, édition Beugnot). A la vérité, ces errements des lois barbares et de nos anciennes coutumes ont subi une interruption d'application au XIV^e siècle, mais la pratique judiciaire du XVIII^e siècle les a repris dans le but de favoriser les transactions commerciales. Ce sont eux qui sont condensés dans la maxime : en fait de meubles, la possession vaut titre. Les rédacteurs des articles 2279 et 2280 du code civil ont reproduit la doctrine qui avait été formulée par Bourjon, d'après la jurisprudence du Châtelet de Paris. Or, Bourjon déclare en propres termes que « la prescription n'est d'aucune considération, qu'elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles, puisque par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait, principe qui applanit les difficultés que le silence que la coutume a gardé sur cette prescription, faisait naître ». N'est-ce pas supprimer le jeu de la prescription acquisitive ? D'ailleurs, l'auteur ajoute, dans un autre passage de son traité, que si un meuble est frappé de saisie par les créanciers d'un dépositaire ou d'un créancier gagiste, le propriétaire ne pourra le faire distraire de la saisie qu'après avoir fait juridiquement constater le dépôt ou le nantissement. Ces derniers mots montrent bien que le

recours du propriétaire ne repose point dans le droit de propriété considéré en lui-même, mais dans le contrat de dépôt ou de nantissement, contrat qui ne saurait engendrer qu'une action personnelle en restitution. L'analogie entre nos vieilles coutumes et les conclusions de Bourjon est évidente. Il faut que le propriétaire fasse quelque chose de plus que de prouver son droit dans la chose, il faut qu'il explique la cause de sa dépossession (*Droit commun de la France*, tome 1, liv. 3, tit. 22, ch. 5; tome 2, liv. 6, tit. 8, ch. 3, section 4).

Nous ne croyons pas que les principes généraux du droit de propriété aient reçu dans l'article 2279 une si grave atteinte. Contrairement à l'opinion précédente, nous sommes convaincu que cette disposition a laissé de nombreux cas d'application à la prescription acquisitive des meubles et à leur revendication.

Le système de Bourjon est tout différent de celui que nous avons trouvé en vigueur au moyen-âge. Les jurisconsultes du XIV^e siècle, imbus des principes du Digeste et du Code, donnèrent au propriétaire le droit de réclamer sa chose comme sienne, sans rien dire de plus. L'action en revendication, au sens romain du mot, prit place dans les œuvres de nos coutumiers. L'auteur du grand coutumier de Charles VI lui a consacré un titre où il nous montre un plaideur demandant au juge que son meuble lui soit

« rendu, baillé et délivré réaullément et de faict comme le sien propre et à luy appartenant ». (Grand coutumier de Charles VI, liv. 3, tit. 53, de revendication.) Il n'est plus question ni de perte, ni de vol ; on fait abstraction de la cause de la dépossession.

Jean Boutellier, dans sa somme rurale, rapporte deux procès dans lesquels les juges consacrèrent le triomphe de la loi romaine.

Un blanchisseur avait remis à un juif, en garantie d'un prêt, la toile d'un de ses clients, bourgeois de Paris. Ce dernier appela l'usurier devant le prévost, disant que la toile « était sienne et que ravoïr la devoit, comme sa chose, sans payer riens du principal ni des montes, et ce par le droit de revendication ». Le juif répondit que l'action de chose emblée, la seule qui fût ouverte contre lui par les coutumes, ne l'obligeait à rendre le gage qu'après remboursement de la somme prêtée. A cela le demandeur répliqua que la loi lui laissait la liberté de réclamer sa chose comme sienne par voie de revendication ou de la réclamer comme emblée, et que, puisqu'il avait fait choix du premier moyen, il n'avait rien à déboursier. « Tout veu, il fut jugé par le prévost de Paris que le bourgeois raurait sa toille sans payer le principal prest sur ce fait, ni usure. De laquelle sentence fut appellé par ledit usurier en Parlement. Dit fut par arrest, bien jugé par ledit prévost »

Le second procès eut lieu à Tournay. Un fripier, tiers-acquéreur d'une cotte de fer qui avait été trouvée, ne voulait la rendre au propriétaire que contre remboursement du prix d'achat. Les parties firent valoir en justice les mêmes raisons que dans l'espèce précédente. Le juge, fort embarrassé, vint prendre conseil à Paris des plus notables avocats et conseillers du Parlement qui donnèrent gain de cause au propriétaire. « Tout veu, il fut dit que le droit de revendication sortiroit et tiendrait lieu, nonobstant coutume du contraire, laquelle en cette partie n'estoit pas tollérable contre le droit escrit et la constitution du prince qui a vigueur de loy, et par la loy escrite, *quod principi placuit, legis habet vigorem* » (*Somme rurale*, liv. 1, tit. 27).

Désormais, le propriétaire d'un meuble aura la faculté d'intenter une action en revendication proprement dite, sans qu'il y ait lieu de rechercher de quelle façon il a perdu la possession. Il y aura tout à la fois revendication et usucapion des meubles, suivant les principes romains.

Cependant, il se présenta au XVI^e siècle une difficulté sérieuse qui devait amener une réaction contre les idées romaines. En 1566, l'ordonnance de Moulins (art. 54) vint prohiber la preuve testimoniale pour les contrats dont l'objet représentait une valeur supérieure à 100 livres. Comme les aliénations de meubles se consomment habituellement par simple

tradition de la main à la main, sans acte instrumentaire, l'acquéreur d'un meuble important se trouva dans l'impossibilité de prouver son acquisition, si bien que l'aliénateur de mauvaise foi pouvait lui reprendre la chose au moyen d'une revendication. Un tel danger était de nature à jeter la perturbation dans le commerce. Pour l'écarter, on bouleversa les règles ordinaires de la preuve. La présomption de propriété résultant de la possession des meubles fut fortifiée : dans l'action en revendication, on dispensa le défendeur de produire un titre, sa possession engendrant par elle-même la présomption d'un titre régulier d'acquisition. Pothier, après avoir autorisé la preuve testimoniale, quelle que fût la valeur du meuble, au mépris des ordonnances de 1566 et de 1667, alla plus loin et enseigna que le possesseur « doit être cru de ce qu'il allègue du titre auquel il dit avoir la chose, pourvu que ce qu'il allègue soit vraisemblable ». Denisart donna la même solution : « Celui qui possède des meubles en est le propriétaire, il ne lui faut pas d'autre titre que sa possession ». Collection de jurisprudence, v^o meubles, n^o 32. En conséquence, le revendiquant dut établir non seulement que le meuble litigieux lui avait appartenu à telle époque, mais encore que l'acte en vertu duquel il s'était dessaisi n'était pas translatif de propriété. Voilà pourquoi Bourjon dit que la revendication ne sera reçue qu'après que le dépôt ou le

nantissement auront été juridiquement constatés. Mais, une fois la constatation faite, c'est bien la voie d'une revendication proprement dite qui est ouverte et non celle d'une simple action personnelle en restitution. Les principes ordinaires de la possession reprennent toute leur force et le détenteur précaire n'est pas à même d'invoquer la prescription libératoire de 30 ans.

Suivant Pothier, la revendication atteignait les acquéreurs qui avaient traité avec un détenteur précaire. « Nous avons vu que la coutume de Berry défendait au preneur de vendre et de divertir, de quelque manière que ce soit, aucune bête du cheptel sans le consentement exprès du bailleur. S'il le fait, la coutume, en l'article 8, donne au bailleur le droit de suite, tant contre ceux qui auraient acheté ses bêtes que contre ceux qui s'en trouveraient en possession. Ce droit de suite qui est accordé par cet article au bailleur, est l'action de revendication qu'a par le droit le propriétaire d'une chose contre ceux qui se trouvent en possession ». *Traité des cheptels*, n° 40. Mais cette solution allait aussi contre les exigences du commerce. On fut frappé de l'inconvénient qu'il y avait à permettre au propriétaire dépossédé de jeter le trouble dans toutes les transactions qui avaient pu intervenir à propos de son meuble, pendant le délai de l'usucapion. Déjà, au XVII^e siècle, par arrêt du 7 février 1636, le Parle-

ment de Paris avait jugé qu'un propriétaire ne reprendrait ses deux pendants d'oreilles qu'un tiers avait livrés en gage par abus de confiance, qu'à la condition de désintéresser le créancier gagiste. Cet arrêt ne fit pas jurisprudence. Mais à la fin du XVIII^e siècle, plusieurs jurisconsultes, en tête desquels il convient de citer Bourjon, proposèrent une mesure plus radicale. Ils déclarèrent l'action en revendication des meubles non recevable contre les ayants cause de bonne foi d'un détenteur précaire. « Si le dépositaire avait vendu le meuble, le propriétaire d'icelui ne peut le réclamer des mains de l'acheteur parce qu'en matière de meubles, la possession valant titre, la sûreté du commerce ne permet pas qu'on écoute une telle revendication ; il faut donc en ce cas la rejeter ; l'ordre et l'avantage public l'exigent ainsi. Telle est la jurisprudence du Châtelet fondée sur l'article 182 qui veut que le dépôt soit en nature, ce qui cesse lorsqu'il y a vente d'icelui ; ainsi cette jurisprudence a sa cause dans le texte de la coutume ». (*Droit commun de la France*, liv. 6, tit. 8, ch. 3, section 4, n^o 18, tome II.)

Dans son commentaire de la coutume de la Rochelle, Valin adopta cette fin de non recevoir : « Le dépositaire qui abuse du dépôt et qui en dispose fait naturellement un vol à celui qui lui a confié ce dépôt ; cependant ce dernier n'a pas droit de suivre la chose dès qu'elle est hors de la possession du dépositaire ;

la raison est qu'il a entièrement suivi la foi de ce dépositaire et que cette confiance ne peut pas nuire à un acheteur de bonne foi ». Valin, sur l'article 60.

Nous avons remarqué que Pothier ne supprimait pas la revendication dans les rapports du propriétaire et du simple détenteur, mais qu'il en rendait seulement l'exercice plus difficile.

Il importe aussi de remarquer que Bourjon et Valin ne suppriment pas non plus, dans tous les cas, la revendication contre les ayants-cause du simple détenteur. Ces ayants-cause n'échappent au droit de suite qu'autant qu'ils sont de bonne foi. Nous savons que Valin exige en termes exprès cette condition de la bonne foi. Denisart la mentionne également. « S'il s'agit de la vente d'une chose mobilière, *celui qui l'aurait achetée de bonne foi*, pourrait la garder, sauf le recours du propriétaire contre le vendeur, à moins qu'elle n'eût été dérobée ». Collection de jurisprudence, v^o vente, n^o 6.

Le propriétaire qui se plaint d'un abus de confiance, a commis une faute en plaçant mal sa confiance, en donnant au détenteur les apparences de la propriété. On comprend donc que la loi sacrifie ses intérêts à ceux du tiers-acquéreur qui n'a rien à se reprocher. Mais les intérêts du commerce dont se prévaut Bourjon pour battre en brèche les principes du droit romain, ne réclament aucune protection en faveur d'un acheteur de mauvaise foi,

Quiconque traite en connaissance de cause avec une personne qui n'est pas propriétaire, mérite d'être évincé. En pareil cas, il n'y a aucun motif de briser le droit de suite, comme le veulent MM. Aubry et Rau.

Le système de Bourjon qui était venu se greffer sur celui de Pothier aboutissait aux conséquences suivantes :

1° Toute détention d'un meuble corporel constitue en faveur du détenteur une présomption légale de propriété qui le dispense de toute autre preuve ;

2° Cette présomption légale tombe devant la preuve contraire ; et, lorsqu'il est établi que la détention est précaire, l'action en revendication est admise à côté de l'action personnelle en restitution qui est née du titre précaire ;

3° Le droit de suite n'existe plus pour les meubles corporels contre l'ayant-cause de bonne foi du détenteur précaire ou du possesseur de mauvaise foi.

Ce sont ces propositions que les rédacteurs du Code civil ont fait passer dans la loi, en insérant dans l'article 2279 la maxime : en fait de meubles, la possession vaut titre. Cet adage signifie bien que la possession suffit à elle seule pour repousser la revendication, mais la possession doit s'entendre ici de la possession à titre de propriétaire, à l'exclusion de la simple détention ou de la possession de mauvaise foi.

L'interprétation différente de MM. Aubry et Rau est impuissante à fournir une explication satisfaisante de divers articles de nos codes.

D'abord, l'article 1926 du Code civil accorde contre le dépositaire une action en revendication à côté de l'action personnelle en restitution. Il ne s'agit pourtant là ni de perte ni de vol.

En second lieu, s'il n'y avait plus de revendication possible contre les détenteurs précaires, à quoi servirait d'avoir écrit dans les articles 2236 et 2237 que le dépositaire ni ses héritiers ne prescrivent jamais la chose déposée par quelque laps de temps que ce soit ?

D'un autre côté, s'il était vrai que le propriétaire n'a contre le détenteur précaire qu'une action personnelle, il subirait, le cas échéant, le concours des autres créanciers. Or, l'article 608 du C. pr. civ. décide au contraire que lorsqu'un meuble est frappé de saisie par les créanciers d'un simple détenteur, il est permis au tradens de le faire distraire. Cette action en distraction se confond si bien avec une véritable action en revendication qu'aux termes de notre article le demandeur doit se prétendre propriétaire.

Enfin, nous pouvons argumenter de l'article 1141 du Code civil qui porte que « si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et

en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ». Un propriétaire vend son cheval successivement à Primus et à Secundus qui en reçoit tradition : de quelle manière règlera-t-on le conflit entre les deux acheteurs ? L'article 1141 décide que Secundus ne pourra être dépossédé *s'il est de bonne foi*, c'est-à-dire s'il ignore la première vente. On a soutenu que la loi apportait ici une restriction au principe suivant lequel la propriété d'une chose passe du vendeur à l'acheteur par le seul effet de la convention ; la tradition serait restée un élément essentiel de la translation de la propriété mobilière. Mais cette opinion ne compte plus aucun partisan ; car, si on subordonnait à la tradition le transfert de la propriété des meubles, on n'exigerait pas la bonne foi du second acheteur, pas plus qu'on ne l'exige pour les immeubles lorsque le second acquéreur oppose au premier l'antériorité de la transcription de son titre. En vain a-t-on répondu à cela qu'au cas de mauvaise foi Secundus serait évincé par l'action Paulienne. On oubliait que l'on ne rencontre pas nécessairement dans notre hypothèse toutes les conditions de cette action. Il peut arriver que le vendeur soit solvable ou que la seconde vente ait été opérée par des héritiers qui ignoraient la première. Aujourd'hui on s'accorde à reconnaître qu'au lieu de limiter la portée de l'article 1138, l'article 1141 renferme un cas d'applica-

tion de l'article 2279. La vente qui a été consentie à Primus lui a transféré la propriété du cheval tandis que celle qui a été consentie à Secundus est nulle comme vente de la chose d'autrui ; mais, Secundus se trouvant dans la même situation que l'ayant-cause d'un dépositaire, sa possession lui procure immédiatement la propriété en faisant subir à Primus une expropriation *lege*. Cela étant, voici l'argument que nous fournit l'article 1141 : Puisque le législateur exige la bonne foi du possesseur dans un cas ordinaire d'application de l'article 2279, c'est que cet article ne protège que les possesseurs de bonne foi. (Civ. rej., 5 déc. 1876, D. 1877, 1, 166).

Tous ces arguments de textes prouvent surabondamment que, la question de preuve mise à part, l'article 2279 ne paralyse l'action en revendication qu'au bénéfice des possesseurs qui sont de bonne foi et à titre de propriétaire. Les autres détenteurs restent soumis à cette action, suivant les principes généraux du droit. Il résulte de là que pour les meubles comme pour les immeubles, le propriétaire peut agir perpétuellement contre le possesseur précaire ou contre ses ayants-cause à titre universel.

Toutefois l'action en revendication ne reste ouverte au delà des délais de la prescription libératoire que dans l'hypothèse où le meuble est retrouvé entre les mains du possesseur précaire ou de ses successeurs universels. Dans le cas contraire, les dépositaires ou

autres seraient censés, au bout de 30 ans, avoir opéré la restitution. (Dunod, *Traité des prescriptions*, p. 101 et 102 ; Merlin, rép. de jurisp., v^o prescription, section 1, § 6, art. 2).

SECTION IV.

Pour compléter la théorie des effets de la précarité, il ne nous reste plus qu'à étudier si le possesseur précaire de bonne foi acquiert les fruits qui, pendant sa détention, se détachent de la chose.

Bien entendu, nous laissons en dehors de toute discussion l'hypothèse où le titre précaire donne droit aux fruits.

D'un autre côté, nous nous plaçons en présence d'un successeur universel d'une personne qui avait reçu la chose précairement, car on ne peut rencontrer la bonne foi, dans le sens des articles 549 et 550 du Code civil, chez un bénéficiaire primitif d'un titre précaire. On n'est, en effet, réputé possesseur de bonne foi qu'à la condition de posséder comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété.

Il est incontestable que l'héritier endosse, en sa qualité même d'héritier, l'obligation de rendre les fruits qui ont été perçus de mauvaise foi par son auteur. Cela va de soi. Nous nous demandons seule-

ment s'il doit tenir compte aussi de ceux qu'il a lui-même perçus, après l'ouverture de la succession, dans la croyance d'être devenu propriétaire.

Ainsi posée, la question a été diversement résolue.

Pour l'affirmative, on a mis en avant la fiction de l'immortalité de l'être juridique. La possession de l'héritier n'étant que la continuation de celle du défunt, elle en a tous les vices : nécessairement, elle est légalement de mauvaise foi et à titre précaire. En conséquence, il existe un double motif pour ne pas accorder à l'héritier le bénéfice des articles 549 et 550 du Code civil.

Nous répondons qu'en cette matière on ne doit pas remonter à l'origine de la possession. Contrairement à ce qui a lieu pour la prescription, la bonne foi exigée pour l'acquisition des fruits est de fait et non de droit. La preuve de cette différence ressort très nettement de la comparaison des articles 550 et 2269. A l'effet de prescrire, la vérification de la bonne foi ne porte que sur le moment de l'entrée en jouissance tandis qu'à l'effet d'acquérir les fruits elle porte sur toute la durée de la possession. Ici, au lieu de rechercher si la possession a été utile à son début et de lui maintenir son caractère initial, on suit toutes ses transformations et on examine si chaque récolte a été opérée de bonne foi.

Et à envisager la possession de l'héritier en elle-même, on peut dire qu'elle s'exerce en vertu d'un

titre de nature à transférer la propriété, car la qualité d'héritier constitue une cause d'acquisition des biens qui appartenaient au défunt.

Si notre question ne mettait en jeu que des règles de la possession, nous conclurions donc que le successeur universel d'un possesseur précaire peut exciper de sa bonne foi personnelle pour échapper à la restitution des fruits.

Mais pour la solution inverse on a présenté une autre argumentation qui est très-forte. Le défunt, a-t-on dit, aurait à répondre de toutes les suites de son usurpation; il aurait à payer et la valeur des fruits qu'il a lui-même perçus et celle des fruits qui ont été perçus par ses ayants-cause. Or, cette obligation ne s'est pas éteinte à son décès; elle grève la succession. Donc, l'héritier doit une réparation intégrale du préjudice éprouvé par le propriétaire.

Il nous paraît bien difficile de combattre ce syllogisme. Pourtant, nous devons reconnaître que la jurisprudence ne s'y est pas conformée. Elle a cru, sans raison sérieuse selon nous, qu'il serait excessif de rendre le possesseur de mauvaise foi responsable de toutes les conséquences de son indue possession, même de celles qui sont postérieures à son décès. (Dijon, 12 août 1874, Sirey, 1874, 2, 289).

CHAPITRE VI

DE L'EXTINCTION DE LA PRÉCARITÉ.

La précarité est perpétuelle en ce sens que l'extinction du titre précaire ou les transmissions à titre universel, si nombreuses qu'elles soient, n'ont pas la force de la faire disparaître. Mais cela ne veut pas dire qu'elle dure nécessairement jusqu'à la perte de l'objet ou jusqu'à son retour entre les mains du propriétaire. Elle n'est pas inhérente à la chose ; elle cesse lorsque le bien passe au pouvoir d'un tiers, soit en vertu d'un titre translatif de propriété, soit par usurpation, soit par l'effet d'un jugement ; elle peut aussi disparaître en faveur du détenteur précaire lui-même, au moyen d'une interversion de possession.

SECTION PREMIÈRE. — *Prise de possession de la chose par un tiers.*

Aux termes de l'article 2239, ceux à qui les fer-

miers, dépositaires et autres détenteurs ont transmis la chose par suite d'un titre translatif de propriété, peuvent la prescrire.

Il en faut dire autant de ceux qui enlèvent la possession aux détenteurs précaires par des actes matériels de jouissance qui ne s'appuient sur aucun titre.

Dans un cas comme dans l'autre, le tiers commence avec l'intention de maître une possession toute nouvelle qui au bout d'un an lui ouvrira la voie des actions possessoires et qui plus tard le rendra propriétaire. Dunod avait pris soin de distinguer les deux hypothèses. « Quoique les possesseurs précaires ni leurs héritiers n'acquièrent point de prescription, tandis que la cause de leur possession n'est point changée, ils peuvent néanmoins y donner lieu. Car si ceux à qui nous avons confié notre possession comme sont l'esclave et le fils de famille par rapport au pécule profectice, le fermier, le mandataire, le dépositaire et autres semblables la délaissent, et qu'un autre s'en empare ; cet autre pourra prescrire dès le moment comme ayant pris une possession vacante, si le propriétaire ne s'y oppose pas. S'ils transfèrent cette possession, s'ils aliènent et font la tradition de ce qu'ils possédaient pour nous, il y aura de même lieu à la prescription, parce que ces possesseurs nous représentent et que nous devons nous imputer de leur avoir confié notre possession. » (*Traité des prescriptions*, part. I, ch. 7).

Pour empêcher les interversions simulées, Justinien avait décidé que l'aliénation faite par un possesseur de mauvaise foi, à l'insu du propriétaire, ne conduirait plus l'acquéreur à l'usucapion. (Nov. 119, cap. 7). Nous voyons par les explications précédentes de Dunod et aussi par l'article 2239 que cette disposition n'a pas été reproduite dans notre droit français. Chez nous, lorsqu'une personne reçoit un immeuble d'un possesseur précaire, elle le prescrit par 10 à 20 ans ou par 30 ans, suivant les cas.

En droit romain, l'aliénation d'un meuble opérée frauduleusement par un simple détenteur constituait un vol qui empêchait toute usucapion tant que la chose n'était pas rentrée chez le propriétaire. Aujourd'hui il en est autrement : cet acte ne constitue plus qu'un abus de confiance qui ne met pas obstacle à ce que l'acquéreur devienne propriétaire, dès la tradition s'il est de bonne foi, après 30 ans de possession s'il est de mauvaise foi. (Inst. Just. lib. II, tit. 6, §§ 2 et 3 ; art. 2279, C. civ).

En décidant que le successeur à titre particulier du possesseur précaire commence une possession utile, nous supposons qu'il a été mis en possession réelle de la chose. Une tradition feinte ne suffirait pas. Si le détenteur précaire s'était réservé la jouissance à titre d'usufruit ou de louage, par une clause de constitut possessoire, l'acheteur ne posséderait pas contre le propriétaire. Telle était déjà, en droit

romain, l'opinion du jurisconsulte Paul. Lorsqu'un fermier, après avoir vendu le fonds et l'avoir immédiatement repris à bail, payait des fermages au propriétaire et à l'acheteur, le premier de ces deux bailleurs conservait la possession. (L. 32, § 1, *de acq. vel amitt. poss.*, D., 41, 2). Des décisions analogues se rencontrent dans notre ancienne jurisprudence française. (Tiraqueau, *Traité du constitut possessoire*, pars. III, limit. 14 ; D'Argentré, sur l'art. 265 de la cout. de Bretagne). La façon dont on a rédigé l'article 1141 du Code civil montre que cette distinction est toujours vraie. On doit reconnaître que la possession de l'acquéreur est en pareil cas entachée de clandestinité, à l'égard du propriétaire. Celui-ci, voyant toujours sa chose aux mains de son représentant, ne peut se rendre compte que des modifications ont été apportées à la situation originale.

Il faudrait maintenir la solution de Paul même dans le cas où les fermages ne seraient plus payés au premier bailleur ; car, la détention du fermier restant précaire malgré le non-paiement des termes échus, le propriétaire est autorisé à croire que cette détention s'exerce toujours à son profit, aussi longtemps du moins que des tiers n'accomplissent pas ostensiblement des actes de maîtrise sur la chose.

A l'inverse, dans l'hypothèse d'une vente suivie d'une tradition réelle, le propriétaire perdrait la possession, encore que le fermier continuât de lui

verser régulièrement le montant des fermages. Du moment que le tiers-acquéreur se sert de la chose au grand jour, comme s'il en était le maître, la loi lui accorde les bénéfices de la possession. Le bailleur doit se reprocher d'avoir fait choix d'un représentant infidèle et surtout de ne pas avoir vérifié avec assez de soin en quelles mains se trouvait sa chose.

Il est à noter que le défaut d'*animus domini* chez l'aliénateur pèse dans une certaine mesure sur la possession de l'ayant-cause à titre particulier. Il vaut mieux traiter avec un possesseur véritable qu'avec un possesseur précaire : dans le premier cas, l'acquéreur peut joindre à sa possession personnelle celle de son auteur, tant pour les actions possessoires que pour la prescription (art. 23, C. Pr. civ. et art. 2235 C. civ.); dans le second cas, cette jonction devient impossible, la possession de l'auteur ne comptant point.

Examinons maintenant l'hypothèse où la précarité prend fin à la suite d'un jugement. La loi ne fournissant aux tiers aucun moyen de s'assurer si la détention de tel ou tel objet s'exerce précairement ou non, on autorise le revendiquant à diriger sa demande contre tout détenteur de sa prétendue chose. Mais ce n'est qu'à l'effet d'interrompre le cours de la prescription que l'action se trouve régulièrement intentée contre un possesseur précaire. Celui-ci pourra se faire mettre hors de cause après avoir désigné son auteur. Néanmoins il arrive quelquefois qu'un déten-

teur précaire, s'attribuant la qualité de véritable possesseur, joue seul jusqu'au bout le rôle de défendeur. Or, s'il perd son procès et qu'il remette la chose au gagnant, ce dernier commencera une possession utile comme s'il avait commis une usurpation, à cette exception près qu'un moyen spécial d'obtenir la restitution sera mis à la disposition de la personne pour le compte de laquelle la détention avait lieu avant l'exécution du jugement. Cette personne pourra faire rétracter le jugement par la tierce-opposition ; faire rendre ainsi la chose au perdant, c'est-à-dire à lui-même ; puis, attendre dans la position de défendeur, une nouvelle action en revendication.

SECTION II. — *Des causes d'interversion de la possession précaire.*

Il y a interversion de possession lorsqu'un détenteur précaire, cessant de posséder pour une autre personne, commence à posséder en son nom et pour son compte. Il ne suffit pas pour cela que le détenteur manifeste d'une façon quelconque son intention de maître. Aux termes de l'article 2238, il n'y a que deux actes qui puissent prévaloir contre le titre primordial de la possession, savoir :

1° Une contradiction opposée aux droits du propriétaire ;

2° Une cause venant d'un tiers.

A. — La première de ces deux interversions se réalise quand le possesseur précaire a, judiciairement ou extra-judiciairement, mis le propriétaire en demeure de reconnaître ou de contester la nouvelle qualité qu'il s'attribue. La loi exige que le détenteur provoque entre lui et son maître une contradiction formelle qui porte sur le changement de possession auquel il aspire. Tel serait le cas d'un fermier qui, poursuivi en délaissement ou en paiement de fermages, refuserait d'obtempérer à la demande du bailleur, en motivant expressément son refus sur ce fait qu'il se considère comme le seul maître de la chose et qu'il entend la posséder dorénavant *animo domini*.

Tous nos auteurs, anciens et modernes, professent qu'un simple fait négatif tel que la cessation du paiement des fermages serait insuffisant. Ce ne serait pas assez non plus que le détenteur eût accompli publiquement, et même sous les yeux du propriétaire, les actes les plus caractérisés de la propriété. La Cour de Bourges a décidé avec raison que la possibilité de prescrire ne saurait résulter pour une commune de ce qu'elle aurait fait inscrire et imposer sous son nom, entretenir et surveiller à ses frais, des bois grevés d'un droit d'usage (Bourges, 23 déc.

1861, D. 1863, 2, 59). Le titre précaire reste interprétatif de la possession malgré les abus de jouissance les plus graves, si leur auteur ne s'adresse directement et immédiatement au propriétaire pour lui déclarer son intention d'opérer une interversion.

Nous irons plus loin : alors même que, par inadvertance, le maître reconnaîtrait au simple détenteur le droit de propriété, la précarité subsisterait. Si, par exemple, un propriétaire, dans l'ignorance de son droit, prenait sa chose à bail de l'usufruitier agissant en qualité de propriétaire, le bailleur c'est-à-dire l'usufruitier n'en resterait pas moins incapable d'invoquer une *corporis possessio*. *Simplici recognitione*, a dit Dumoulin et après lui Merlin, *non immutatur qualitas rei, quæ tanquam erronea cedit veritati*. (Rép. jurispr. v^o *prescription*, section 1, § 6, art. 2).

Nous avons observé à différentes reprises, que la précarité ne cessait pas en même temps que la qualité qui l'avait engendrée. Le fait de conserver la chose après le terme fixé pour la restitution, après la cessation du mandat, ne constitue pas une interversion. On ne saurait en effet concilier l'opinion contraire avec l'article 2237 du Code civil. Puisque, malgré l'extinction de l'usufruit, la loi déclare inutile pour la prescription la possession des héritiers de l'usufruitier, c'est que la précarité survit au titre qui lui a servi de cause. Il est donc certain que la fin du mandat n'ouvre pas sur le champ une possession nouvelle

au mandataire. Mais l'arrêté du compte de gestion vaudra-t-il interversion ? Nous ne le croyons pas. La décharge donnée au mandataire n'implique de la part du mandant ni renonciation à exiger la restitution de la chose ni consentement à ce que le mandataire les gère désormais comme propriétaire. Nous ne rencontrons pas ici une contradiction formelle qui mette le mandant en demeure de reprendre ses biens ou d'en abandonner la possession. En d'autres termes, l'arrêté de compte ne prouve pas qu'il y ait eu entre les intéressés une discussion portant sur un changement de la possession du possesseur précaire.

B. — Quant à la seconde cause d'interversion mentionnée dans l'article 2239, elle se réalise toutes les fois que le possesseur précaire est investi d'une qualité translatrice de propriété. « Il y a interversion fondée sur une cause venant d'un tiers, dit Marcadé, lorsque celui-là même au nom duquel le bien était précairement détenu ou toute autre personne se prétendant propriétaire de ce bien, le vend au détenteur, ou le lui donne, le lui lègue, le lui laisse par succession légitime, en un mot le lui transmet par un titre translatif de propriété et qu'à compter de l'obtention de ce titre, l'ex-détenteur précaire se met à posséder publiquement, *animo domini* et avec toutes les conditions requises par l'article 2229 ». (tome 12, sur l'art. 2231). On ne peut plus dire alors

que le détenteur essaie de conquérir une possession juridique par sa seule volonté. Il existe ce que le droit romain appelait *causa extrinsecus accedens*.

Quand le nouveau titre émane de l'auteur même du titre précaire, le changement de possession s'effectue sans difficulté ; il n'y a pas de surprise possible puisque c'est le possesseur lui-même qui renonce à l'*animus domini* en faveur du détenteur.

Mais lorsque le nouveau titre émane d'un tiers, on ne comprend pas bien que le possesseur perde sa possession par l'effet d'un acte auquel il est complètement étranger. Pour Dunod, la perte de la possession ne résultait pas du titre lui-même, mais seulement de la contradiction dont il devait être suivi. « Le changement de possession arrive, dit-il, lorsque la possession est changée par le fait d'un tiers, comme si le fermier acquiert d'un autre les héritages qu'il tenait à ferme : s'il refuse après cela de faire part des fruits à son maître ; s'il lui déclare qu'il en veut jouir comme des siens propres ; ce sera un changement de possession par un fait extérieur, injuste à la vérité, mais qui ne laissera pas de donner commencement à la prescription ; *quia non sibi mutare, sed ipsi mutari dicitur causa possessionis* ». (Part. 1, ch. 7). Il est illogique que, dans l'article 2238, nos législateurs modernes se soient écartés de ces précédents pour faire de la cause venant d'un tiers un mode d'interversion distinct de la contradic-

tion opposée aux droits du propriétaire. Nous savons bien qu'aujourd'hui encore le détenteur, malgré son titre translatif de propriété, n'acquiert la possession que si sa jouissance présente le caractère de publicité voulu par l'article 2229 ; mais ce tempérament ne préserve pas les rédacteurs du Code du reproche d'inconséquence. L'usufruitier a-t-il modifié la nature de l'héritage, a-t-il abattu les bois de haute futaie, a-t-il détruit les bâtiments, etc.. ? Tous ces actes de jouissance, quand ils sont livrés à eux seuls, n'opèrent pas une interversion. Or, pourquoi ces mêmes actes ont-ils un autre effet contre la possession du nu-propriétaire, quand ils s'appuient sur un titre que ce dernier ne connaît pas ? Nous n'apercevons aucune bonne réponse à cette question.

DEUXIÈME PARTIE

DES ACTES DE SIMPLE TOLÉRANCE

CHAPITRE I.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Aux termes de l'article 2232, les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

Dunod appelle ainsi les actes qu'une personne exerce sous le bon vouloir et plaisir d'une autre qui demeure libre de les faire cesser quand elle le juge à propos. Ils dérivent d'une concession qui forme un *precarium* tel que l'entendait le droit romain : *precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tandiu, quamdiu is qui concessit, patitur*. (L. 1, pr., de preca-

rio — *Dig.*, lib. XLIII, tit. 26.) Cela explique qu'ils soient inefficaces pour fonder une possession utile. Ils constituent bien des empiétements sur la propriété d'autrui, mais la personne qui les commet n'entend pas agir comme propriétaire et celle qui les souffre entend conserver la plénitude de son droit.

Quand on se rappelle que sous notre ancienne jurisprudence et sous l'empire du code civil la notion de la précarité s'étend à toute possession qui n'est pas exercée à titre de propriétaire, on voit que cette notion s'étend aux actes de simple tolérance. En effet, l'esprit de maîtrise est exclu par le *precarium* qui préside à ces sortes d'actes. Posséder sous le bon vouloir d'autrui, c'est posséder autrement qu'à titre de propriétaire. Ici encore, si la possession de fait n'est pas considérée comme une possession juridique, cela tient à l'absence de l'un des éléments constitutifs de la possession, l'*animus domini*.

Dans nombre d'arrêts, la Cour de cassation a décidé qu'en droit français comme en droit romain, la tolérance n'imprime à la possession qu'un vice purement relatif, de sorte que le possesseur peut user des actions possessoires contre toute autre personne que le *rogatus*. Il a été jugé notamment que c'est vis-à-vis de l'État seul que la possession à titre précaire d'un bien du domaine public est impuissante. A l'égard des tiers, cette possession

est au contraire capable de servir de base à la complainte. « L'action possessoire, a dit M. le conseiller rapporteur Calmètes, a son principe dans l'interdit *uti possidetis*. Or quelles étaient les conditions de l'exercice de l'interdit ? Il fallait, sans doute, que la possession eût été exercée *nec vi, nec clam, nec precario* ; mais dans l'esprit de la loi romaine ces conditions n'étaient exigées que relativement à l'adversaire, *ab adversario*. (Rapport sur l'arrêt du 5 nov. 1867, Dall., 1868, 4, 117).

Quoique soutenu par un fort grand nombre d'auteurs, ce système de la jurisprudence nous paraît inadmissible. C'est que l'esprit de la loi française n'est pas conforme à celui de la loi romaine. Notre code civil ne reconnaît qu'une seule espèce de possession, celle qui s'exerce *proprio nomine, animo domini*. Il n'y a plus d'autres possesseurs que les détenteurs qui réclament la propriété ou tout au moins une part dans la propriété de la chose (art. 2228). Est-ce le cas du précariste ? Non ; donc, il ne possède pas. D'ailleurs, l'article 2232 prononce d'une façon absolue, sans aucune distinction, que les actes de simple tolérance ne peuvent pas fonder une possession. Si nos législateurs avaient voulu limiter leur disposition aux rapports du *rogatus* et du *rogans*, ils nous auraient fourni des explications sur ce point ; ils nous auraient dit, comme l'ont fait les jurisconsultes romains dans les formules des interdits, que le vice

de précarité laisse à la possession toute sa force contre les tiers. En outre, si nous nous reportons à l'article 23 du code de procédure civile, nous devons remarquer que ses termes s'opposent à l'admission de la complainte dans notre espèce. N'oublions pas, en effet, que les locutions à titre non précaire et à titre de propriétaire sont synonymes depuis des siècles. Nous savons que depuis l'auteur du grand coutumier de Charles VI jusqu'à Bourjon, tous nos jurisconsultes, à l'exception de Pothier seul, ont employé l'un ou l'autre de ces termes indifféremment. Cela est si vrai que M. le conseiller Calmètes a lui-même déclaré dans un autre de ses rapports, que la possession sur laquelle reposent les actions possessoires doit réunir toutes les conditions requises pour la prescription par l'article 2229. (Rapport sur l'arrêt du 26 déc. 1865, Dall., 1866, 1, 221). Il faut donc que la possession soit paisible, publique et *à titre de propriétaire*. Chaque fois que cette dernière condition n'est pas remplie, la possession reste à l'état d'un pur fait auquel la loi n'attache aucune protection.

Par ces motifs, nous inclinons à croire, contrairement à l'opinion générale, que la tolérance donne à la possession un vice absolu qui la prive de toute efficacité, soit à l'égard du concédant, soit à l'égard des tiers.

L'application de l'article 2232 se rencontre aujourd'hui

d'hui dans les concessions de jouissance sur les biens dépendant du domaine public et en matière de servitudes réelles.

SECTION I. — *Domaine public.*

Les dépendances du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles. Par aucun moyen les particuliers ne peuvent acquérir sur elles ni un droit de propriété ni des servitudes. Il suit de là une impossibilité absolue d'invoquer une possession à titre de propriétaire. Un individu a-t-il usé de ces biens dans son intérêt privé? Aux yeux de la loi, sa jouissance exclusive n'est que le résultat d'une simple tolérance des pouvoirs publics qui conservent malgré tout une puissance arbitraire de révocation. En droit, les particuliers ne peuvent faire usage de ces choses *ut singuli*, à titre privatif, mais seulement *ut universi*, comme membres de la société à laquelle ils appartiennent. La Cour de cassation et le Conseil d'État ont posé comme règle absolue que, dans aucun cas, l'administration n'aurait à subir une action possessoire pour les immeubles faisant partie du domaine public. Il y a là un vice de possession qui est inhérent à la nature même de la chose et qui comme tel résiste aux causes ordinaires d'interversion de titre.

Nous avons dit que, d'après une jurisprudence

constante, la précarité n'exerce en notre matière aucune influence sur les actions possessoires qui sont débattues entre particuliers. Dans la pratique, on n'autorise pas les tiers à se prévaloir de l'exception de domanialité pour échapper à la répression des troubles ou de l'usurpation qu'ils ont commis. Toutefois il y a lieu de remarquer que ces actions ne sont recevables que relativement aux droits réels de servitude et d'usage, comme celui du concessionnaire d'une prise d'eau, et non relativement aux droits personnels, comme celui du fermier d'un banc d'Église (Req. rej., 20 janvier 1879. D. 1879. 1. 152).

SECTION II. — *Servitudes réelles.*

Le Code civil renferme une triple division des servitudes réelles : elles sont urbaines ou rurales, apparentes ou non apparentes, continues ou discontinues. Nous laisserons de côté les deux premières divisions pour ne retenir que la troisième, la seule où la précarité joue un rôle. D'après l'article 688, « les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuels sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits

de passage, puisage, pacage et autres semblables ». Cette distinction est d'une importance capitale pour déterminer la nature et les effets de la possession des servitudes. Les servitudes continues s'acquièrent par titre ou par la possession de 30 ans, tandis que les autres ne peuvent s'établir que par titre (art. 690 et 691). D'où vient cette différence? Pourquoi n'a-t-on pas admis à l'égard de toutes les servitudes une quasi-possession utile, indépendamment d'un titre?

Les premiers interprètes du Code avaient conclu de la discontinuité des servitudes à la discontinuité de la possession, c'est-à-dire au défaut de l'une des conditions exigées pour la prescription. Mais cette déduction manquait d'exactitude. Tout le monde convient aujourd'hui que les servitudes discontinues se prêtent aussi bien que les autres à une possession continue. Il y a continuité dans la possession toutes les fois que les actes de jouissance constituent l'exercice régulier et normal du droit, suivant sa nature et sa destination. Prenons la servitude de passage. Elle s'exerce d'une façon continue, malgré des intermittences plus ou moins grandes entre les actes de passage, pourvu que le titulaire passe sur le fonds servant chaque fois que cela est utile. (Req. 19 mars 1884. D., 1885, 1, 212). Autrement, s'il était nécessaire d'aller et de venir sur le fonds servant, tous les jours et à chaque instant, sans répit, il n'y aurait

pas de possession possible, et il faudrait dire que l'ayant-droit à la servitude, quoique muni d'un titre, ne peut recourir aux actions possessoires en cas de trouble. La solution contraire est pourtant incontestable.

Ce n'est donc point l'absence de la continuité exigée par l'article 2229 qui met obstacle à la prescription des servitudes discontinues. L'imprescriptibilité a un autre motif qu'une analyse rapide de notre ancienne pratique française va nous aider à découvrir.

Dans les pays de droit écrit, aucun Parlement ne suivait rigoureusement les dispositions du Droit romain. Au délai de 10 à 20 ans, on avait substitué la prescription trentenaire. Bien plus, on avait réparti les servitudes en deux classes : d'une part, celles qui subsistent continuellement par elles-mêmes, une fois les travaux d'établissement terminés : d'une autre part, celles dont l'exercice nécessite toujours le fait actuel de l'homme. Les premières s'établissaient par une possession de 30 ans alors que les secondes exigeaient, à défaut d'un juste titre, une possession immémoriale.

Les pays de coutumes faisaient une part moins large encore au jeu de la prescription. On s'en tenait presque universellement à l'adage fameux : nulle servitude sans titre. On présumait le précaire. Les actes d'exercice des servitudes n'apparaissaient que comme

le témoignage de rapports de familiarité et de bon voisinage. C'était dans le but de favoriser le développement des sentiments de mutuelle tolérance entre propriétaires d'héritages voisins que les rédacteurs des coutumes avaient prohibé la prescription de toutes les servitudes. La présomption de précarité si largement entendue enlevait au maître la crainte que sa complaisance ne contînt un germe de prescription contre son droit de propriété. Ferrière écrit sur l'article 186 de la coutume de Paris qu'on a voulu « obvier aux grandes entreprises qui se faisaient sous couleur de souffrance ou tolérance, pour cause d'amitié ou de familiarité dont on abusait ». Dunod trouve bon que « des actes qui se donnent ordinairement à la familiarité et à l'amitié ne se tournent pas à la suite du temps en droit de servitude ». Cette idée de précarité tacite formait si bien la cause de l'imprescriptibilité des servitudes qu'elle était exprimée dans le texte même de certaines coutumes. Nous citerons notamment l'article 179 de la coutume de Bar, ainsi conçu : « Tolérance d'aucun qui a souffert à autrui avoir vue, égoût ou échellage en son héritage ne peut acquérir jouissance contre lui sans titre ».

Néanmoins la présomption de précarité ne s'appliquait point à toutes les hypothèses où le possesseur de la servitude se trouvait dans l'impossibilité d'administrer la preuve d'un acte de concession prove-

nant du maître du fonds asservi. Dans divers cas, elle disparaissait pour laisser la voie libre aux actions possessoires et à l'action confessoire.

Ainsi, bien que les auteurs de la deuxième rédaction de la coutume de Paris eussent refusé à la possession centenaire ou immémoriale la valeur d'un titre, on se conformait généralement dans les autres provinces à la solution inverse qui avait été proposée par Dumoulin, l'oracle de notre droit coutumier. Sur l'article 221 de la coutume d'Orléans, Pothier s'expliquait à cet égard de la manière suivante : « Paris ajoute : *même de cent ans*. Mais, dans les coutumes, telles que la nôtre, qui ne s'expliquent pas, il y a de bonnes raisons pour soutenir que l'usage centenaire vaut titre et établit la servitude. Cela est conforme à la doctrine de Dumoulin qui enseigne en son conseil 26, nos 24 et 25, que la possession centenaire vaut titre, et que les lois qui excluent la prescription, par quelque laps de temps que ce soit, ne devaient pas s'entendre de la centenaire : *quia ejusmodi tempus habet vim constituti, nec dicitur præscriptio sed titulus, et nunquam censetur exclusa etiam per legem prohibitivam, nec per quæcumque verba quæcumque præscriptionem excludentia* ».

D'un autre côté, sous l'empire de quelques coutumes qui renfermaient sur ce point des dispositions formelles, la possession devenait utile à partir d'une contradiction opposée au droit du propriétaire du

fonds servant (Bar, article 171 et 179 ; Berri, art. 1 à 4 du tit. 2 ; Meaux, art. 75).

Enfin, on n'hésitait pas à admettre la prescription lorsque les actes de jouissance de la servitude s'appuyaient sur un titre émané du possesseur du fonds servant. C'est encore à Pothier que nous empruntons l'exposé de cette doctrine. « Si le possesseur de l'héritage voisin, dit-il, qui passait pour en être le propriétaire, sans l'être effectivement, m'a accordé sur cet héritage un droit de servitude, ce possesseur n'ayant pu me donner un droit dans une chose dans laquelle il n'en avait pas lui-même, je n'en acquiers aucun ; mais j'acquiers au moins *causam usucapiendi*. Car si, en vertu de ce titre, j'use pendant 30 ans du droit de servitude, j'acquerrai le droit par la prescription. Ma possession n'est pas, en ce cas, destituée de titre, puisque je possède en vertu d'un titre d'acquisition *ab eo quem bona fide credebam dominum esse* ; et ma possession ne peut passer pour une tolérance, puisque j'use du droit de servitude en ce cas, *tantumquam juste existimans me jus servitutis habere* ». (Introduction au titre des servitudes de la coutume d'Orléans, tit. 13, art. 2, n° 8) — Suivant le témoignage de Dunod, ce raisonnement avait rallié les suffrages de tous les docteurs. (*Traité des prescriptions*, p. 292.)

Tels étaient dans leurs grandes lignes les principes entre lesquels les rédacteurs du code ont eu à

faire un choix pour établir une législation unique. Ici comme sur beaucoup d'autres points ils ont opéré une transaction entre les solutions et les tendances diverses des pays de droit écrit et des pays de droit coutumier. Pour les servitudes continues, ils ont maintenu le système des parlements du Midi : la possession isolée engendre la prescription au bout de 30 ans. Pour les servitudes discontinues, c'est le système de la coutume de Paris qui a prévalu : Pas de servitude sans titre, même en présence d'une possession immémoriale.

En face de ce tableau de notre ancien droit, il ne saurait y avoir le moindre doute sur les considérations qui ont dicté les articles 690 et 691 du Code civil.

Les actes de possession pratiqués sous forme d'une servitude continue pénètrent avant dans la propriété d'autrui. Le voisin ne peut les supporter sans éprouver un préjudice considérable, car ils forment un obstacle sérieux et permanent à la libre disposition de son fonds. C'est pourquoi, lorsqu'un pareil état de choses s'est prolongé pendant 30 ans, il est naturel de supposer qu'il a été créé en vertu d'un arrangement dont le temps a détruit la preuve. Une si longue soumission du propriétaire du fonds servant annonce une situation forcée.

Au contraire, les actes de possession qui se réfèrent à une servitude discontinue sont fugitifs et tran-

sitoires. Souvent ils ne laissent point de traces après eux, de sorte que le maître du fonds servant les ignore peut-être. En tout cas, ils sont peu dommageables ; on doit donc présumer qu'ils ont été tolérés par esprit de bon voisinage. Il s'agit de prérogatives que les voisins ont l'habitude de se concéder mutuellement parce qu'elles offrent l'avantage d'être très-utiles pour le concessionnaire sans être préjudiciables pour le concédant. « *Quidni enim, dit Dunod, alteri communicentur quæ sunt accipienti utilia, danti non molesta ?* C'est un reste de l'ancienne communion de biens qui est fondée d'ailleurs sur l'humanité et l'avantage de la société des hommes ». On retrouve l'idée de familiarité ou de précarité tacite qui s'étendait dans le droit coutumier à toutes sortes de servitudes, mais qui n'a plus trait dans le droit moderne qu'à une catégorie de ces droits réels.

Relativement aux servitudes discontinues, la présomption de précarité a passé des coutumes dans l'article 691 du Code civil. Voilà un point qui n'est plus discuté. Seulement, cette présomption a-t-elle conservé son ancienne nature ? Autrement dit, admet-elle comme autrefois quelques exceptions à la nécessité de produire un titre établissant par lui-même le droit à la servitude ?

La solution de ce problème a donné lieu à de vives controverses qui subsistent encore.

A. — Parmi les tempéraments que les coutumes

apportaient à la rigueur de la règle : nulle servitude sans titre, il en est un que le Code a rejeté d'une façon expresse. La possession centenaire ou immémoriale n'équivaut plus à un acte de concession (art. 691). On se souvient du détour que Dumoulin avait pris pour arriver à la solution contraire. Il convenait bien que la possession n'avait pas par elle-même la force d'établir une servitude. Aussi recommandait-il aux plaideurs de ne pas invoquer la prescription : une telle prétention eût échoué devant le texte de la coutume qui demandait impérieusement un titre. Mais, d'après le célèbre auteur, les possesseurs centenaires pouvaient affirmer qu'ils avaient un titre et répondre, si on leur en demandait la preuve, que le temps avait effacé les traces de l'acte instrumentaire ; la durée de la possession rendait leur affirmation vraisemblable. *Ejusmodi tempus habet vim constituti, nec dicitur præscriptio sed titulus*. Or, c'est apparemment dans le but de couper court aux allégations de ce genre qu'on a édicté dans l'article 695 que le titre constitutif ne pourrait être remplacé que par un titre récongnitif émané du fonds asservi.

B. — Supposons maintenant qu'une possession trentenaire a été précédée d'une contradiction aux droits du propriétaire du fonds prétendument grevé et demandons-nous si cette possession peut remplacer un titre de concession de la servitude.

Par exemple, vous avez voulu m'empêcher de pas-

ser sur votre fonds. Je vous fais alors signifier que j'entends me comporter comme un ayant-droit à une servitude de passage. Vous ne renouvelez pas votre opposition et 30 ans s'écoulent pendant lesquels je passe librement. Ai-je acquis par prescription le droit prétendu ?

L'affirmative a rencontré des partisans d'une autorité considérable, parmi lesquels nous citerons Proudhon et Troplong. Suivant eux, il existe entre la précarité de la possession et la prohibition de la prescription un rapport de cause à effet, d'où il suit que celle-ci doit prendre fin dès que celle-là disparaît. Or, la contradiction occasionne entre les deux propriétaires des discussions et des froissements qui écartent toute supposition de familiarité. En conséquence, la servitude doit être considérée comme prescriptible *a die contradictionis*. (Proudhon, *Usufruit*, VII, n° 3585. — Troplong, *Prescription*, I, n° 393).

Cette doctrine a été repoussée par la Cour de cassation (Civ. cass., 8 août 1837, Sirey, 1837, 1, 679). Qui ne voit, en effet, qu'elle est manifestement inconciliable avec les termes de l'article 691 du Code civil ? Les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titre. On aura beau torturer le sens du mot titre, on ne pourra jamais l'étendre à une contradiction ; il paraît évident qu'il ne comprend qu'une convention ou une disposition de dernière volonté. Les auteurs du premier système partent

d'un principe radicalement faux. Ce n'est pas d'une précarité considérée dans sa réalité que dérive la prohibition de la prescription, mais d'une présomption de précarité qui, encore une fois, ne fléchit que devant un titre. Vainement Proudhon invoque-t-il l'autorité des interprètes du droit coutumier. Nous pouvons répondre que ces interprètes ne tenaient compte d'une contradiction que sous l'empire des coutumes qui se prononçaient textuellement en ce sens.

C. — Nous devons à présent fixer notre attention sur un point qui est très-vivement discuté. Que faut-il décider si le possesseur d'une servitude discontinue produit un titre coloré, une concession émanée *a non domino*.

Beaucoup d'auteurs estiment que, même dans ce cas, la prescription reste impossible. A leur avis, le texte de la loi défend nettement d'attribuer un effet quelconque à la possession, quelle qu'elle soit. Les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titre. Sous peine de se mettre en contradiction flagrante avec une formule si précise, on doit conclure que l'établissement de la servitude se réalise immédiatement par l'effet du titre ou qu'il ne se réalise jamais

Nous ne partageons pas cette manière de voir. Oui, sans doute, l'article 691 formerait un obstacle invincible à toute prescription s'il fallait le prendre

rigoureusement à la lettre. Mais la tradition nous pousse à rejeter un pareil mode d'interprétation. Quant à ses motifs et quant à son texte, notre disposition reproduit la maxime : nulle servitude sans titre, avec cette seule différence que l'imprescriptibilité, au lieu d'être générale, se trouve limitée à une catégorie de servitudes. Or, nous savons que tous les commentateurs des coutumes regardaient la prescription comme une chose allant de soi lorsque la jouissance était fondée sur un acte consenti *a non domino*. « L'article 186 de la coutume de Paris, observe Ferrière, ne dit pas que les servitudes ne se puissent jamais prescrire en quelque cas que ce soit, mais qu'elles ne peuvent s'acquérir sans titre ». N'est-ce pas le cas d'affirmer que nos anciens auteurs nous fournissent une interprétation anticipée du Code? Est-ce que le raisonnement de Ferrière ne s'adapte pas encore aux termes de notre loi avec une exactitude absolue? Le Code ne dit pas non plus que les servitudes discontinues ne se prescrivent jamais ! On avouera que nos législateurs modernes auraient commis une bien grande maladresse en copiant le texte des coutumes s'ils avaient voulu rompre avec le passé. Quand on a l'intention de faire des réformes, on ne donne pas à la loi nouvelle la formule de la loi ancienne.

Cet aveu a paru pénible à nos adversaires si l'on en juge par la subtilité à laquelle ils ont eu recours

pour essayer de s'y soustraire. A les croire, la rédaction des coutumes était bien différente de celle du Code civil. Ainsi, l'article 186 de la coutume de Paris portant que « le droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance *sans titre*, nos anciens auteurs avaient pu conclure *a contrario* que la jouissance *avec titre* engendrait l'acquisition du droit. Mais le texte est changé : aux mots *sans titre* on a substitué dans l'article 691 du Code les mots *par titre* qui ne se plient pas à la même conclusion.

Il y a longtemps que Bélime a répondu que cette objection contre notre doctrine était une pure chicane de mots. Pour qui compare sans prévention les principales coutumes au Code, il est avéré que partout les textes offrent le même sens. La coutume de Paris portait, nous venons de le voir, « que le droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance sans titre » art. 186. La coutume d'Orléans disait que « vues, égouts et autres droits de servitude ne portent saisine à celui qui les a, s'il n'a titre valable ». art. 215. Enfin, le Code dispose, répétons-le, que « les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titres » art. 691. Ces trois phrases sont équivalentes, quoi qu'on dise. On ne saurait attribuer des significations diverses aux propositions suivantes qui s'en dégagent : Nulle servitude sans titre ; — Nulle servitude s'il n'y a titre valable ; — Nulle servitude si ce n'est par titre.

Voulez-vous le témoignage de l'un des jurisconsultes qui ont travaillé à la rédaction du Code ? Malleville déclare insoutenable la thèse contraire à la nôtre. (Commentaires, sur l'art. 691).

Du reste, quand nos législateurs ont trouvé dans les matières qu'ils avaient à régler des principes qui les avaient régies depuis un temps immémorial dans toute la France, ils y sont restés fidèles ou ils nous ont fourni des renseignements précis sur la portée et sur les motifs de leurs innovations. Or, ont-ils prononcé quelque part que désormais les servitudes discontinues seraient frappées d'une imprescriptibilité absolue ? Il ne l'ont pas fait dans les articles du Code. Tout au moins, une pareille intention se révèle-t-elle dans les travaux préparatoires ? Pas davantage. Ce silence paraîtra significatif à ceux qui observeront avec quel soin les orateurs ont pourtant insisté devant le Tribunat et devant le Corps législatif sur [les parties du projet où il avait fallu faire un choix entre les errements divergents du droit coutumier et du droit écrit. Berlier, après avoir déclaré que la possession de 30 ans serait reçue pour les servitudes continues et que la possession immémoriale serait rejetée pour les autres, ajoutait : « Cette décision, conforme à la justice et favorable à la propriété, est l'une des plus importantes du projet et mérite d'autant plus d'attention qu'elle n'était pas universellement admise dans le dernier état de la juris-

prudence. » Présentation du projet au Corps législatif, dans la séance du 29 nivôse an XII. (Fenet, tome 6). Dans ces conditions, si on avait projeté de rendre inefficace toute possession des servitudes discontinues, même quand elle est accompagnée d'un juste titre, l'orateur du gouvernement l'aurait indiqué. Cette décision aurait en effet mérité une plus grande attention que les autres puisque dans les temps antérieurs elle n'avait été suivie ni en deçà ni au delà de la Loire. Ce n'est pas par pure omission qu'il a passé sous silence une réforme qui aurait introduit un droit nouveau dans la France entière alors qu'il a signalé et motivé des réformes qui n'atteignaient que quelques provinces.

On nous reproche de défendre un système qui renferme au fond une contradiction d'idées. En effet, nous dit-on, sur quel motif repose la prohibition de la prescription des servitudes discontinues ? Sur une présomption de précarité. Eh bien, cette présomption ne subit aucune atteinte d'un titre émané d'un tiers. On ne peut soutenir avec quelque apparence de raison que les sentiments de familiarité du propriétaire du fonds servant ont été modifiés par un acte qui est pour lui *res inter alios acta*, qu'il ne connaît même pas. Quoi ! parce qu'un individu quelconque vous a concédé, à mon insu, le droit de puiser de l'eau à ma fontaine, allez-vous prétendre que ma tolérance a fait place à un sentiment de soumission forcée ? Cela ne

serait pas raisonnable. Si les propriétaires étaient exposés à des surprises pareilles, la loi irait contre son but qui est de favoriser les rapports de bon voisinage. Aucune personne n'oserait tolérer le moindre empiétement sur son héritage dans la crainte que la prescription n'entamât plus tard son droit de propriété. « Cette inconséquence, ajoute M. Machelard, pouvait se justifier autrefois : on sentait qu'il y avait exagération dans la présomption absolue de précarité, et la concession de la prescription de 10 ou 20 ans était un palliatif servant à corriger ce qu'il y avait d'excessif dans la portée donnée à cette présomption. Mais aujourd'hui le législateur a resserré dans certaines limites la présomption anciennement générale ; il ne la fait plus peser que sur telle catégorie de servitudes. C'est à ce point de vue que s'explique surtout la répartition des servitudes en deux classes, les unes se prêtant, les autres se refusant à une possession utile pour la prescription. Par conséquent, il n'y avait plus de motif pour ouvrir, quant à ces dernières, la voie à la prescription ». (Distinctions des servitudes, n 133).

Ce reproche n'est pas mérité. Il le serait, nous en faisons l'aveu, si nous nous contentions de tout acte de concession, quelle que fût sa source. Mais nous n'attachons aucune importance aux simples énonciations que contiennent parfois les actes d'aliénation du fonds dominant. Il ne suffirait pas que l'aliénateur eût

mentionné dans une vente ou dans une donation que l'immeuble cédé a tel droit sur l'immeuble voisin. Ces sortes d'actes n'ont aucune force. Nous exigeons un titre qui parte du fonds servant. Encore faut-il que ce titre soit sérieux. Ainsi, nous refuserions de nous arrêter à une concession qui proviendrait d'une personne dont la qualité de fermier était notoire. En un mot, nous voulons que le titre ait été consenti *par un possesseur qui passait pour être le propriétaire du fonds servant*. Ce sont les termes mêmes que Pothier a employés dans un des passages qui ont été cités plus haut. Telle est aussi la notion du juste titre que nous trouvons dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1849 : « En matière de servitudes discontinues, si le titre qui accorde un droit de servitude émane de la personne qui passe pour être propriétaire de l'héritage servant, la possession de l'acquéreur ne peut être regardée comme précaire, comme acte de pure tolérance ; dans ce cas, en effet, la servitude n'a rien d'équivoque, puisqu'elle s'exerce en vertu d'un titre et qu'on ne saurait dire que l'acquéreur n'a pas entendu prendre et garder la jouissance comme d'un droit lui appartenant ; il a été autorisé à se croire maître de la servitude par le titre qui imprimait à l'exercice qu'il en faisait le caractère de possession de sa propre chose. Mais si le titre émane du propriétaire du fonds dominant, il n'est ni constitutif ni récongnitif de la servitude, mais seulement

énonciatif de sa prétendue existence et manque de force contre les tiers en général et en particulier contre le propriétaire de l'héritage servant qui sont étrangers à l'acte : un tel titre ne fait pas cesser la précarité, car la jouissance qui lui est conforme est dépourvue de la croyance de légitimité de la possession ». (Sirey, 1849-1-545). Le titre coloré étant ainsi défini, il va nous être facile de démontrer qu'il y aurait un non-sens à maintenir la présomption de précarité. Par exemple, des héritiers ont continué à posséder pendant un siècle un immeuble qui était grevé d'un droit d'usufruit au bénéfice de leur aïeul. Aux yeux de tous les voisins ils passent pour être propriétaires. Dans ces circonstances, Primus achète d'eux une servitude de passage. Quarante ou cinquante ans s'écoulent encore et les héritiers de l'ancien nu-propriétaire, avertis par hasard de leur droit de propriété, exercent une action en revendication. Ceux-ci pourront-ils, le jour où ils entreront en jouissance, se faire l'honneur d'un sentiment de pure tolérance en ce qui touche les actes de jouissance qui ont été pratiqués par Primus ? Non, certes ! Il est indiscutable que jusqu'à la revendication ce sont les propriétaires apparents seuls qui ont pu entretenir par rapport à l'immeuble des rapports de bon voisinage. Il n'y avait de tolérance possible que de la part de ces derniers, et cette tolérance n'est pas supposable puisqu'ils ont pris l'engagement de supporter l'exercice

de la servitude. On ne saurait donc présumer aucun précaire.

Que nous oppose-t-on encore? On argumente contre nous des termes de l'article 695 d'après lesquels le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récongnitif de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi. Il y a donc, nous dit-on, des servitudes qui ne peuvent s'acquérir par la prescription : ce sont les servitudes discontinues.

Les commentaires des Coutumes nous procurent une réponse à cette argumentation. Nos anciens auteurs écrivaient également que les servitudes étaient imprescriptibles, et cela ne les empêchait pas de décider que le juste titre engendrait l'acquisition du droit stipulé, après 10 ans de possession. Pour ne point se heurter à la maxime : nulle servitude sans titre, ils avaient pris l'habitude, à tort ou à raison, de dire qu'en pareil cas ils étaient en présence d'un mode d'acquisition par titre. Les rédacteurs du Code n'ont fait que se conformer à cette habitude.

On insiste sur l'article 695 et on nous objecte qu'il ne considère comme titre d'une servitude discontinue que le titre constitutif ou le titre récongnitif émané du propriétaire du fonds asservi. Il semble bien ressortir de là que la loi n'attribue aucun effet au titre émané d'un tiers.

Mais nous concevons sans difficulté que ce texte ne parle pas du juste titre. En voici, selon nous, l'explication naturelle. La loi ne cherche pas ici à énumérer les divers genres d'actes de concession qui peuvent servir à l'établissement d'une servitude discontinuée. Elle poursuit un seul but : assurer la prohibition de la prescription au cas d'une possession immémoriale. Suivant les conseils de Dumoulin, les possesseurs centenaires soutenaient, nous l'avons déjà dit, qu'ils avaient bien obtenu un titre constitutif de la servitude, mais que le temps en avait détruit la preuve. Les auteurs du Code ont répondu à cela que désormais, si le titre primordial était égaré, il ne pourrait être remplacé que par un titre récongnitif émané du propriétaire du fonds asservi. Dès lors, on voit pourquoi l'article 695 ne mentionne pas la perte du juste titre en même temps que celle du titre constitutif : c'est que les possesseurs centenaires n'arrêtaient pas leurs prétentions à moitié chemin ; ils affirmaient que c'était avec le propriétaire lui-même de l'héritage servant qu'ils avaient autrefois traité, eux ou plutôt leurs ancêtres.

Nous pensons que, dans les articles 690 et 691 du Code civil comme dans les articles des coutumes relatifs à l'établissement des servitudes, le mot titre désigne ou le titre qui a été consenti par le propriétaire du fonds servant ou le titre qui a été consenti par le propriétaire apparent du même fonds.

La jurisprudence a d'abord adopté l'opinion que nous venons de défendre. Dans les considérants de l'arrêt précité du 16 juillet 1849, nous lisons « que la possession reconnue comme ayant été accompagnée de la croyance qu'elle était l'effet et le signe de la propriété du droit de servitude conduit, en définitive, au moyen de la prescription, et par l'application de l'article 2265 du Code civil, à l'acquisition de ce droit lui-même qui est à l'égard du possesseur, un immeuble civilement distinct de la propriété du sol asservi ». (Sir. 1849, 1, 545.) Mais la Cour de cassation est revenue sur cette décision. Par son arrêt du 23 novembre 1875, elle a jugé que la prescription de 10 à 20 ans est spéciale à l'acquisition de la propriété et qu'elle ne s'applique pas aux servitudes continues. (Sir. 1876, 1, 103.) Il suit de là que le mot titre désigne dans l'article 690, et aussi dans l'article 691 où il est employé dans le même sens, une concession faite par le propriétaire de l'héritage servant, et suffisant à elle seule pour l'établissement de la servitude.

CHAPITRE II

DE LA PRÉSUMPTION DE PRÉCARITÉ RELATIVEMENT AUX ACTIONS POSSESSOIRES EN MATIÈRE DE SERVITUDES DISCONTINUES

La possession des servitudes discontinues quand elle est isolée, réduite à elle-même, ne mène pas à la prescription. Est-ce une raison pour conclure à *priori* qu'elle est incapable de fonder une action possessoire ? Nullement ; la Cour de cassation a eu tort de décider d'une façon générale que la possession ne peut donner lieu à la complainte qu'autant qu'elle est destinée à devenir acquisitive de la propriété. — Cass. 22 juillet 1823. — Civ. Cass., 2 juillet 1862, D., 1862, 1, 355. — En établissant ainsi un rapport nécessaire entre la prohibition de la prescription et la prohibition de l'action possessoire, la Cour s'est mise en contradiction avec elle-même puisqu'elle reconnaît à la possession exercée à titre privatif sur les dépendances du domaine public la force d'engendrer une complainte contre les tiers. Dans ce cas, il est bien certain que la jouissance, si on la prolonge pendant

le temps réglé pour la prescription, ne conduira pas à la propriété. D'ailleurs, on rencontre d'autres hypothèses où la plainte est recevable sans que la possession annale soit une prescription commencée. C'est ce qui arrive pour les immeubles dotaux ou pour les immeubles qui appartiennent à des mineurs ou à des interdits. Dans un débat sur la possession de ces biens, la question d'imprescriptibilité demeure étrangère. Sans doute la possession doit présenter les mêmes caractères intrinsèques pour agir au possessoire que pour prescrire, mais on ne doit pas en conclure que les actions possessoires ne sont permises que là où la prescription l'est aussi. Il faut rechercher d'où vient l'obstacle à la prescription : lorsqu'il tient à la nature de la chose possédée, il n'influe pas sur la possibilité des actions possessoires ; il n'empêche la saisine possessoire que s'il provient d'un vice de la possession envisagée en elle-même.

En ce qui touche les servitudes discontinues, l'impossibilité de prescrire réside dans un vice de la possession, mais c'est un vice présumé et non un vice réel. De là une difficulté : La présomption de précarité établie dans l'article 691 par rapport à la prescription s'étend-elle aux actions possessoires intentées contre le propriétaire ou contre le possesseur du fonds servant ?

La question est délicate. Des auteurs l'ont résolue

par la négative. A l'appui de cette opinion, on peut raisonner de la manière suivante. Les présomptions légales sont de droit étroit, il faut en restreindre l'application aux hypothèses qui ont été spécialement prévues par la loi. Or, l'article 691 n'a trait qu'à l'acquisition du droit de servitude et l'on sait que le refus de la complainte n'est pas nécessairement lié au refus de la prescription ; ces deux effets de la possession sont indépendants l'un de l'autre. On demeure donc ici sous l'empire de la règle générale de l'article 23 du Code de procédure civile, suivant laquelle les actions possessoires sont délivrées à quiconque justifie d'une possession exclusive du précaire. Le législateur a voulu protéger les propriétaires d'immeubles contre un mode d'établissement des servitudes aussi équivoque que la possession, mais il n'a pas voulu priver les possesseurs du bénéfice naturel des actions possessoires basées uniquement sur le respect dû au *statu quo* des choses, en attendant le règlement des droits au pétitoire. Qu'on ne craigne pas que la maintenue possessoire entraîne la violation de l'article 691. Dans l'action négatoire, le propriétaire du fonds dominant devra, malgré sa qualité de défendeur, produire un titre d'acquisition du droit qu'il invoque. Il lui restera, en effet, l'obligation de détruire la présomption de liberté des héritages qui milite en faveur de son adversaire. La servitude est une dérogation au droit

commun de la propriété ; dès lors, la possession ne dispense pas de prouver le fond du droit : *Possessio*, a dit Dumoulin, *non relevat ab onere probandi in servitute reali* — voir Wodon, Possession et actions possessoires, n° 477 et suiv.

Cette argumentation ne laisse pas d'être pressante. Nous avouons même qu'on n'y répond avec justesse, en disant, comme l'ont fait quelques interprètes, que l'article 2232 met sur la même ligne, au point de vue de la tolérance, la possession et la prescription. (Bastid, *Revue critique*, année 1879. Étude sur la possession des servitudes discontinues). Selon nous, cet article ne vise que les actes qui sont entachés d'une tolérance *réelle*.

Néanmoins, nous pensons que la production d'un titre est indispensable pour rendre l'action possessoire recevable à l'égard d'une servitude discontinue. C'est que dans notre ancien droit la présomption de tolérance affectait aussi bien la possession *ad interdicta* que la possession *ad usucapionem*. Brodeau (sur l'art. 186 de la coutume de Paris), Pothier (De la possession, n° 90) et mille autres enseignent que la présomption a lieu tant au possessoire qu'au pétitoire et qu'une simple jouissance, si longue qu'elle puisse être, ne doit jamais être prise en considération, même pour former complainte. L'article 691 n'ayant fait que reproduire les errements du droit coutumier, nous devons nous en tenir à la

solution ancienne. Nous pourrions au besoin argumenter des travaux préparatoires, car Berlier a déclaré devant le Corps législatif qu'à défaut de titre nulle preuve de possession, même immémoriale, ne serait admissible. Nous ajouterons que le but de la loi serait manqué s'il en était autrement. Le précaire ne se conçoit qu'à la condition d'être révocable à la première réquisition du concédant. Si les propriétaires avaient à redouter les frais, les embarras et les lenteurs d'une action négatoire pour recouvrer la liberté de leurs héritages, ils s'enfermeraient chez eux et les rapports de bon voisinage que le législateur a voulu favoriser deviendraient impossibles.

L'opinion que nous adoptons a été consacrée par la jurisprudence. Il a été jugé qu'une servitude de passage ne peut, à moins d'être appuyée sur un titre, faire l'objet d'une action possessoire alors même que les actes de jouissance sont annoncés par des travaux apparents établis sur le fonds servant. (Civ. cass., 6 déc. 1871, Sirey, 1872, 1, 27).

Voilà donc un point que nous mettons hors de discussion : Les actes de possession pratiqués sous forme de servitudes discontinues passent pour être le résultat d'une simple tolérance et sont par suite incapables de servir de base à la complainte, s'ils ne sont fondés sur un titre.

Mais ce titre, quel doit-il être ? La réponse dépend

de l'interprétation que l'on donne à l'article 691. Il n'y a pas deux présomptions de tolérance, l'une qui serait spéciale à l'action pétitoire, l'autre à l'action possessoire ; il n'y en a qu'une qui présente dans les deux cas la même force. En conséquence, les auteurs qui voient dans cette présomption un obstacle invincible à toute prescription, exigeront ici un titre qui ait constitué la servitude immédiatement et par lui seul. Ceux qui croient possible la prescription décennale, se contenteront d'une concession émanée du propriétaire apparent du fonds servant.

Tant que la Cour de cassation est restée sous l'influence de son arrêt du 16 juillet 1849 d'après lequel la possession basée sur un juste titre donnait naissance à la prescription, elle n'a pas distingué pour la recevabilité de la plainte si le titre avait été consenti par le propriétaire véritable ou par le propriétaire apparent du fonds asservi ; elle s'est bornée à écarter les titres qui étaient simplement énonciatifs. (Civ. rej., 16 juillet 1849, *Dall.*, 1849, 1, 193 ; Req. rej., 16 janvier 1843, *Sirey*, 1843, 1, 412 ; Req. rej., 9 janvier 1872, *Sirey*, 1872, 1, 225 ; Req. rej., 9 juin 1873, *Sirey*, 1873, 1, 436 ; Req. rej., 23 mars 1874, *Sirey*, 1874, 1, 218). Mais depuis l'arrêt du 23 novembre 1875 qui a refusé un rôle quelconque à la prescription en notre matière, il y aurait contradiction à s'en rapporter aux décisions antérieures. La logique commande de ne plus délivrer les actions

possessoires qu'aux possesseurs qui sont nantis d'un titre constitutif de la servitude. C'est du reste ce qui semble résulter de l'arrêt du 15 juillet 1878 où nous lisons que la possession ne peut donner lieu à la complainte si le titre invoqué *est étranger au défendeur ou à ses auteurs*. (Sir. 1878, 1, 272).

Lorsque le maître du fonds servant n'invoque contre le titre aucune cause de nullité, le juge de paix n'a qu'à vérifier l'existence matérielle de la possession. Il y a là une question d'appréciation dont la solution rentre à coup sûr dans ses attributions. Mais lorsque le titre est contesté, il faut avant tout en examiner la valeur, car de sa formation dépend l'admissibilité de l'action possessoire. On se demande alors si le juge de paix peut se livrer à cet examen sans transgresser la règle qui interdit le cumul du possessoire et du pétitoire.

D'après quelques auteurs, cela ne lui est pas possible ; il doit ajourner son jugement et renvoyer les parties devant le tribunal pour faire trancher préalablement la contradiction sur le titre. Si le propriétaire du fonds dominant succombe au pétitoire, il en sera réduit à se désister de la complainte ; mais, s'il triomphe, il reviendra au possessoire faire preuve de sa possession annale dans le but de faire condamner son adversaire aux frais de l'instance et, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts à raison du trouble apporté à cette possession. « La loi,

dit M. Bastid, ne reconnaît de possession non précaire des servitudes discontinues ou non apparentes que celle du titulaire de la servitude. En prononçant la maintenue possessoire qui suppose une possession non précaire, le juge de paix a implicitement reconnu la légitimité de la prétention à la servitude. Il n'a pu baser sa décision que sur des motifs tirés du fond du droit ; car si le droit n'avait pas été reconnu bien fondé, la possession eût été précaire. Nous ne contestons pas, en thèse générale, que le juge du possessoire puisse examiner les titres dans leur rapport avec la possession, sans pour cela en reconnaître la validité. Mais dans l'hypothèse particulière où il s'agit de l'exercice d'une servitude discontinue, cette distinction entre l'examen quant au fond et l'examen quant à la possession est impossible ». (*Revue critique*, année 1879. En ce sens, Béliame, *de la possession*, n° 448).

Nous ne saurions, pour notre part, souscrire à cette théorie qui aboutirait à la suppression presque totale des actions possessoires en matière de servitudes discontinues. Notre ancienne jurisprudence attribuait au juge du possessoire la faculté de consulter les titres pour éclairer la possession, fussent-ils contredits. (Pothier, *de la possession*, n°s 90 et 91). Rien ne fait supposer que nos codes aient innové sur ce point. De ce que la recevabilité de la complainte est liée à l'existence du titre, il n'est

pas exact de dire que le juge de paix ne peut s'appuyer que sur des motifs tirés du fond du droit pour prononcer la maintenue possessoire. Sans puiser dans les titres la preuve de la possession, il constate la réalité des actes de jouissance articulés devant lui et c'est seulement en vue de fixer le caractère légal de ces actes qu'il s'aide des documents produits. Au surplus, sa sentence ne préjuge pas le pétitoire, pourvu, bien entendu, que le dispositif se renferme dans les limites de la possession annale. La question de propriété reste d'autant plus entière que le jugement rendu au possessoire manque au pétitoire de l'autorité de la chose jugée, même en ce qui concerne la nature de la possession. Ainsi, bien qu'une jouissance ait servi de base à la complainte, le tribunal conserve sa pleine liberté de la déclarer entachée de tolérance, sur une question de prescription décennale. A la vérité les deux juridictions se rencontrent sur l'appréciation des moyens mis en avant à l'appui de l'une ou de l'autre action, c'est-à-dire sur l'appréciation de la validité du titre, mais de simples motifs de décider ne sont pas constitutifs de la chose jugée. Il faudrait qu'il y eût identité d'objet entre les deux instances, et cela n'existe pas puisque dans l'une le demandeur réclame un droit de possession tandis que dans l'autre il réclame un droit de propriété. (Req. rej., 28 déc. 1857. D., 1858, 1, 113). Nous concluons donc avec la majorité

des auteurs et avec la jurisprudence que le juge de paix peut et doit, dans les motifs de son jugement, apprécier les titres pour déterminer l'efficacité juridique de la possession litigieuse. (Req. rej., 23 mars 1874, Sirey, 1874, 1, 218).

Afin de ne pas exagérer l'importance de la présomption de précarité de l'article 691, il importe de faire ici une double observation.

D'abord, nous noterons que relativement aux servitudes légales, la loi forme à elle seule un titre qui suffit pour ouvrir la voie des actions possessoires. Par exemple, le maître d'un fonds enclavé peut, au moyen de la complainte, faire respecter sa jouissance annale d'un passage sur les immeubles qui séparent le sien de la voie publique. (Civ. cass., 28 janvier 1874, D. 1876, 1, 423).

A un autre point de vue, nous dirons que lorsqu'il s'agit d'actes de passage ou d'autres de même nature, il y a lieu de mesurer avec soin la portée de l'action qui est formée. Chaque fois que le demandeur tend à se faire attribuer la possession d'un droit de servitude sur le terrain d'autrui, ses conclusions doivent être rejetées sans examen, à moins qu'elles ne soient accompagnées d'un acte de concession du droit prétendu. Mais lorsqu'il prétend qu'il a agi comme propriétaire ou comme copropriétaire du fonds lui-même, les juges du fait jouissent d'un pouvoir souverain pour apprécier, d'après l'ensemble des circonstan-

ces de la cause, si les faits de jouissance constituent une possession juridique. Alors, la saisine possessoire et la prescription peuvent être admises, malgré l'absence de tout titre. Ainsi, il a été jugé que lorsqu'un terrain ne comporte par sa nature que le pacage des bestiaux et l'enlèvement des litières, ces faits sont indicatifs d'un droit de propriété et autorisent la complainte. De même, nos tribunaux considèrent souvent de simples faits de passage comme une possession proprement dite du sol sur lequel ils ont été exercés. La jurisprudence allait même jusqu'à présumer que les chemins d'exploitation rurale qui desservent plusieurs fonds appartiennent en commun aux propriétaires dont ils bordent ou traversent les héritages. (Req. rej., 8 janvier 1835, Sirey, 1835, 1, 538 ; Req. rej., 5 janvier 1874, D., 1874, 1, 391 ; Civ. cass., 18 juillet 1877, Sirey, 1879, 1, 14 ; Civ. cass., 15 mai 1878, Sirey, 1878, 1, 116 ; Req. rej., 13 juin 1881, D., 1881, 1, 267). Cette présomption est aujourd'hui écrite dans l'article 33 de la loi des 20-26 août 1881 relative au code rural, article dont voici la rédaction : « Les chemins et sentiers d'exploitation sont ceux qui servent exclusivement à la communication entre divers héritages, ou à leurs exploitations. Ils sont, *en l'absence de titre, présumés appartenir aux propriétaires riverains*, chacun en droit soi ; mais l'usage en est commun à tous les intéressés... ».

CHAPITRE III.

DE LA PRÉCARITÉ EN MATIÈRE DE SERVITUDES CONTINUES.

Il est parfois difficile de vérifier si des faits de possession ont été réellement exercés *jure servitutis* ou *jure familiaritatis*. Cela dépend de l'intention des parties, chose qui ne tombe point directement sous nos sens. Pour les actes de jouissance qui se réfèrent aux servitudes discontinues, la difficulté a été écartée au moyen d'une présomption de précarité dont nous connaissons la force. Reste à savoir où il faut poser les limites de la précarité tacite en ce qui concerne les servitudes continues. « Vouloir résoudre ce point théoriquement, d'une manière abstraite, serait une vaine tentative, dit fort bien M. Machelard ; c'est une tâche qu'il faut abandonner aux tribunaux. ...La prescription admise à l'occasion des servitudes continues et apparentes ne gêne en rien la conscience du juge, à raison de la règle générale qui exige dans toute possession, pour être utile, le défaut de précarité, règle qui ne peut être mise de côté en matière

de servitudes. Le texte de la loi doit s'interpréter ainsi : Toutes les fois que la servitude sera à la fois apparente et continue, la prescription sera possible, ce qui ne veut pas dire que la prescription sera nécessairement accueillie, sans examen des qualités de la possession, qualités qui doivent être appréciées d'après les circonstances de chaque affaire ». (Distinctions des servitudes, n° 126, art. 690, 2229 et 2232 C. civ.). Ici les faits ont une influence prépondérante. Tout est subordonné aux conditions dans lesquelles la possession s'est produite. Pour contrôler si la patience du propriétaire du fonds servant s'explique par un sentiment de familiarité ou par un sentiment de soumission forcée, les magistrats s'attacheront au préjudice éprouvé ; ils s'attacheront aussi et surtout à la nature des rapports qui existent entre les deux voisins, car l'idée de tolérance implique des relations de bon voisinage. Généralement les faits de possession dont il s'agit engendrent des lésions trop graves pour que le précaire puisse être présumé. Cependant, en consultant les recueils de décisions judiciaires, on voit que dans divers cas les tribunaux l'ont présumé. Nous citerons l'exemple suivant : des fenêtres pratiquées dans un mur au-dessus du toit d'une maison voisine ont été considérés comme des jours de simple tolérance, de sorte que le propriétaire est resté libre, même après 30 ans, d'acheter la mitoyenneté du mur. (Civ. rej., 2 février 1863 ;

Dall., 1863, 1, 445) (1). La Cour de Bordeaux a donné une solution contraire pour des fenêtres établies de la même manière, mais avec cette particularité qu'elles permettaient à la vue de s'étendre sur d'autres parties de l'héritage voisin. (Bordeaux, 7 mars 1873, Sirey, 1874, 2, 175).

La précarité de la possession d'une servitude continue peut naître d'un *precarium* intervenu en termes exprès entre les parties.

Prenons une espèce : Primus a ouvert sur mon terrain des vues d'aspect, en dehors des conditions voulues par l'article 678, mais il m'a signé un écrit constatant que je n'en ai permis l'établissement qu'à titre de simple tolérance et que je me suis réservé la faculté de les faire boucher toutes fois et quantes, *toties quoties*, à ma première réquisition.

Tant que le fonds dominant sera possédé par Primus ou par ses successeurs universels, je n'aurai à craindre ni action possessoire ni action confessoire.

Notre solution est certaine puisque les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription, et que les vices de la possession d'une

(1) La Cour de cassation avait aussi décidé qu'on ne devait attribuer qu'à votre pure tolérance le fait d'avoir souffert que des branches s'avancent du fonds voisin sur le vôtre. Sa jurisprudence se trouve aujourd'hui sanctionnée par une loi récente qui a déclaré imprescriptible le droit de faire élaguer ces branches. (Civ. cassation, 9 juin 1867, D., 1867, 1, 252. Loi des 20-26 août 1881, ayant pour objet le titre complémentaire du livre 1^{er} du Code rural. Nouvel art. 673 du C. civ.)

personne passent à la possession de ses héritiers (art. 2232 et 2237).

Vous remarquerez que le précaire ne constitue pas de la part de Primus une simple renonciation à une prescription future, renonciation qui serait nulle aux termes de l'article 2220. Ses effets sont plus énergiques : il vicie la possession du précariste dans son essence même, en lui enlevant l'un de ses éléments constitutifs, l'*animus domini*. Primus a répudié pour l'avenir l'esprit de maîtrise et il s'est ainsi placé dans l'impossibilité d'acquérir une possession juridique. Ni lui, ni ses successeurs universels ne pourront prétendre à la saisine possessoire, quelque soit la durée de leur jouissance.

Comme l'article 2262 dispose que toutes les actions tant réelles que personnelles s'éteignent par la prescription trentenaire, on pourrait être tenté de conclure que l'action qui résulte du précaire n'aura plus de force au bout de 30 ans et que, par suite, le précariste pourra maintenir ses vues contre ma volonté. Mais ce raisonnement porterait à faux. L'action que j'ai contre Primus pour faire boucher ses fenêtres ne repose pas dans le précaire, mais bien dans mon droit de propriété qui est perpétuel. Je ne ferai intervenir la reconnaissance qui m'a été souscrite que pour énerver l'exception de prescription, c'est-à-dire pour faire ressortir le vice de précarité dont la possession de mon adversaire est entachée. Or, nous savons que

les titres restent perpétuellement interprétatifs de la possession, même après que les obligations personnelles qui en découlent ont été anéanties par la prescription libératoire. C'est ici le cas d'appliquer une fois de plus l'adage : *ad primordium tituli posterior semper formatur eventus*.

La plupart du temps la concession précaire est dictée par un sentiment de pure bienveillance ; mais il importerait peu qu'elle eût lieu moyennant une redevance.

Dans l'espèce dont il s'agit, le danger n'apparaîtra pour moi que le jour où le fonds dominant passera à titre particulier dans un autre patrimoine que celui de Primus.

Il faut distinguer deux hypothèses.

1^o Primus fait constater dans l'acte d'aliénation, afin de dégager sa responsabilité vis-à-vis de moi et vis-à-vis de son ayant-cause, le caractère révocable de la servitude qu'il a exercée sur mon terrain ; l'acquéreur répudie à son tour l'esprit de maîtrise.

En pareil cas, je pourrai opposer l'exception de précarité à l'acquéreur et à ses successeurs universels aussi utilement que j'aurais pu le faire contre l'aliénateur.

2^o Primus ne révèle pas le précaire ou même il affirme par erreur ou de mauvaise foi qu'il a droit

à la maintenue des vues qui sont ouvertes sur mon fonds.

Notons d'abord qu'une telle affirmation ne constitue pas un juste titre de nature à fonder une prescription décennale au profit de l'acquéreur. Elle ne forme, en effet, qu'un titre énonciatif auquel la loi n'attache, ici encore, aucune valeur.

L'acquéreur n'est pas à même d'invoquer la possession de son auteur puisqu'elle est vicieuse. Mais, comme il n'a pas fait la promesse d'obtempérer à la première réquisition du propriétaire du fonds servant, le vice de précarité ne rejaillit pas sur sa jouissance personnelle. Cette jouissance lui ouvrira la voie de la complainte au bout d'un an et celle de l'action confessoire au bout de 30 ans.

Il suit de là que le *rogatus* a un grand intérêt, dès que le fonds dominant est possédé par un tiers, soit à exiger de celui-ci le renouvellement de l'acte de précaire, soit à le priver du bénéfice de sa tolérance.

Afin de n'omettre aucune des conséquences possibles du *precarium*, il y a lieu de mentionner que les actes sous seings privés ne font foi de leur date qu'entre les signataires ou leurs successeurs à titre universel. Si un acte de précaire n'avait pas acquis date certaine avant l'aliénation à titre particulier consentie par le précariste, le propriétaire du fonds servant serait exposé à ce que l'acquéreur en contestât la

sincérité dans le but de joindre à sa possession celle de son auteur pour parfaire le délai d'un an ou le délai de 30 ans. Afin d'éviter tout procès, il est bon de faire enregistrer sans retard la reconnaissance de la concession précaire.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

1. — Dans la loi 8, § 8, *de precario*, le jurisconsulte Ulpien décide que le *precarium* ne s'éteint pas par le fait du décès du *rogans*.

2. — La possession précaire est *justa* à l'égard des tiers, *injusta* à l'égard du *rogatus*.

3. — L'interdit *de precario* n'est pas un interdit possessoire.

4. — En reprenant sa chose des mains du créancier gagiste, à titre précaire, le débiteur recouvre la *possessio ad interdicta* contre les tiers, et non une simple détention.

5. — Dans le contrat de vente, le *pactum reservati dominii* n'empêche pas la tradition de transférer immédiatement la possession à l'acheteur, avant le paiement du prix.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

1. — A l'époque classique, le possesseur de bonne foi acquiert irrévocablement les fruits par le fait seul de leur séparation.

2. — La donation à cause de mort peut être subordonnée à la condition du prédécès d'une personne autre que le donateur,

3. — En règle générale, le droit romain n'admet pas dans les créances à terme la maxime : *dies interpellat pro homine*.

4. — Dans l'action négatoire, c'est au défendeur à prouver l'existence de la servitude.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

1. — Le vendeur, l'échangiste et le donateur qui n'ont pas fait délivrance du bien aliéné, sont des possesseurs précaires.

2. — L'action en réintégrande n'existe pas au profit des possesseurs précaires.

3. — L'action en revendication n'est pas soumise à la prescription extinctive.

4. — L'action en revendication se donne contre le possesseur précaire d'un meuble aussi bien que contre le possesseur précaire d'un immeuble.

5. — Les actes de simple tolérance ne peuvent fonder une action possessoire ni contre le propriétaire du fonds servant ni contre les tiers.

6. — Les servitudes, continues ou discontinues, s'établissent par la prescription de 10 à 20 ans lorsque le possesseur est nanti d'un titre émané du propriétaire apparent du fonds servant.

7. — Pour apprécier si la possession d'un immeuble corporel ou d'une servitude réelle est précaire, le juge du possessoire peut et doit consulter les titres des parties.

DROIT CIVIL

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

1. — Les enfants nés d'un beau-frère et d'une belle-sœur, d'un oncle et d'une nièce ou d'une tante et d'un neveu peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs parents, célébré en vertu d'une dispense.

2. — Le successible qui a laissé passer 30 ans sans accepter la succession ouverte à son profit, est déchu de la qualité d'héritier ; il est censé n'avoir jamais été héritier.

3. — La femme ne peut s'interdire, par contrat de mariage, le droit de s'obliger, même avec l'autorisation de son mari.

4. — Dans aucun cas, la femme séparée de biens n'a besoin d'autorisation pour disposer à titre onéreux de ses meubles, corporels ou incorporels.

PROCÉDURE CIVILE

1. — Dans le cas d'une demande en garantie formelle, le garant ne peut prendre le fait et cause du garanti sans le consentement de ce dernier.

2. — On ne doit pas décider d'une manière absolue que la tierce-opposition forme le seul moyen de protection qui soit accordé aux tiers contre un jugement dont l'exécution se poursuit entre les parties.

DROIT CONSTITUTIONNEL

L'Assemblée nationale ne peut reviser d'autres points de la constitution que ceux qui ont été déterminés par le vote préalable des deux chambres.

SCIENCE FINANCIÈRE

L'impôt foncier établi en France sur les propriétés rurales ne pèse pas sur les consommateurs ni sur les fermiers, mais sur les propriétaires.

Vu par le Président,

GLASSON

Vu et permis d'imprimer,

*Le vice recteur de
l'Académie de Paris,*

GRÉARD.

Vu par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DU PRÉCAIRE

	Pages
CHAPITRE I. — Notions générales.....	1
CHAPITRE II. — De la nature du précaire.....	16
CHAPITRE III. — Des effets du précaire.....	21
CHAPITRE IV. — Des modes d'extinction du précaire...	39
CHAPITRE V. — Des moyens de restitution accordés au rogatus.....	48
CHAPITRE VI. — Des modes d'application du précaire .	67

DROIT FRANÇAIS

DE LA PRÉCARITÉ

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — De la precaria.....	91
CHAPITRE II. — Du précaire.....	97
CHAPITRE III. — De la possession précaire.....	103
CHAPITRE IV. — Des possesseurs précaires.....	114
CHAPITRE V. — Des effets de la précarité.....	133
CHAPITRE VI. — De l'extinction de la précarité.....	177

DEUXIÈME PARTIE

DES ACTES DE SIMPLE TOLÉRANCE

CHAPITRE I. — Notions générales.....	189
CHAPITRE II. — De la présomption de précarité relativement aux actions possessoires en matière de servitudes discontinues ..	215
CHAPITRE III. — De la précarité en matière de servitudes continues.....	226

Imp. G. Saint-Aubin, Saint-Dizier, Hte-Marne. 30, passage Verdeau, Paris
